

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

LE SYSTÈME DE PUBLICITÉ
COMME
GARANTIE DU CRÉDIT IMMOBILIER

DANS LE

Régime hypothécaire de la Pologne russe

THÈSE DE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Vendredi 14 juin à 3 heures

PAR

LÉON ABRAMSKI

Président : M WAHL, Professeur.

Suffragants { MM. PLANIOL, *Professeur.*
 TISSIER, *Professeur.*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 43

1912

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

LE SYSTÈME DE PUBLICITÉ
COMME
GARANTIE DU CRÉDIT IMMOBILIER

DANS LE

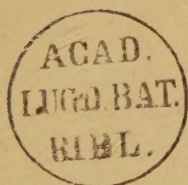
Régime hypothécaire de la Pologne russe

THÈSE DE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Vendredi 14 juin à 3 heures

PAR

LÉON ABRAMSKI



Président : M. WAHL, Professeur.

Suffragants { MM. PLANIOL, Professeur.
 TISSIER, Professeur.

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1912

A mes Parents

INTRODUCTION

Les principes du régime hypothécaire de la Pologne russe et les applications de ces principes sont inscrits dans la loi du 26 avril 1818 modifiée et complétée par celle du 6 août 1825 (1).

Ce régime a pour trait caractéristique de reposer sur une publicité poussée aussi loin que possible. Cette tendance à soumettre à une publicité aussi salutaire les actes qui concernent la propriété foncière, a son origine historique dans la législation d'un temps très reculé.

En effet, il ne faut pas perdre de vue que le principe de publicité a été proclamé législativement déjà en 1588 dans l'ancienne Pologne et qu'il fut développé dans les lois polonaises de 1768 et 1775. Ce ne sont pourtant pas les seules lois qui aient précédé le régime hypothécaire actuel.

(1) Il faut ajouter à ces lois l'instruction hypothécaire du 30 juin 1819 sur l'organisation de l'hypothèque et la décision du prince-gouverneur du 22 janvier 1822 sur le recours en matière des décisions de l'autorité hypothécaire.

La Pologne, à la suite de ses vicissitudes politiques, se trouva régie successivement par les lois hypothécaires prussiennes, autrichiennes et françaises, tous les systèmes hypothécaires jusqu'alors connus y ont donc trouvé leur application. Ayant sous leurs mains tant de matériaux pour leur construction législative, les rédacteurs des lois de 1818 et 1825 n'eurent qu'à les choisir. La pratique d'un siècle presque, — et grande est la valeur d'un tel témoignage, — a prouvé que les rédacteurs des lois hypothécaires ont su tirer tout le parti avantageux de cette heureuse situation. Cette expérience séculaire a confirmé une fois de plus tout ce qu'il y a de profond dans ces mots de Buffon : La comparaison est la voie des connaissances humaines.

« Si l'on avait à juger de la valeur des lois d'après l'étendue du temps pendant lequel elles donnent satisfaction aux intérêts vitaux d'un peuple, c'est à la loi hypothécaire adoptée par la diète de 1818 qu'il faudrait probablement attribuer la première place. L'intitulé seul de cette loi — loi sur la fixation du droit de propriété sur les immeubles, sur les privilèges et hypothèques, — indique qu'on a eu en vue non seulement d'introduire de nouveaux principes hypothécaires, mais aussi de régulariser le droit de propriété et les autres droits qui concernent les immeubles » (V. Reincke. *Essai de législation du royaume de Pologne*, pp. 40, 41). En effet, le titre XVIII du livre III du Code Napoléon que la loi de 1818 est venue remplacer, ne s'occupait que de la publicité des hypothèques et des

privilèges, et passait sous silence l'importante question de la transcription des aliénations et des autres droits grevant les immeubles. Les articles 834 et 835 du Code de procédure civile, également applicable en Pologne après la fondation du duché de Varsovie, remédiaient, il est vrai, dans une certaine mesure, à l'absence de la transcription. Mais ils étaient loin de présenter un système efficace pour la protection du crédit immobilier. Dans la mesure même où les rédacteurs du Code Napoléon ont organisé la publicité des hypothèques, ils n'ont pas apporté une solution désirable au problème qui se posait devant eux ; en abandonnant les principes protecteurs du crédit de la loi du 11 brumaire an VII, ils ont laissé subsister les hypothèques occultes. Aussi le législateur de 1818 a-t-il voulu bâtir son édifice sur une base plus large et plus solide, base dont les premières pierres ont été posées par la loi polonaise de 1588.

Le projet de la loi de 1818 a été déposé sur le bureau de la diète par le conseiller d'État Antoine Wyczechowski, directeur général de la Commission gouvernementale de la justice. M. Dutkiewicz (qui fait autorité en matière hypothécaire) parle en ces termes de l'auteur de la loi : « L'honneur de l'accomplissement d'une tâche aussi noble revient à la diète de 1818 ; une partie considérable du mérite appartient pourtant à l'avant-dernier directeur général de la Commission gouvernementale de la justice, Antoine Wyczechowski, dont la mort fut prématurée pour le pays : c'est lui qui présente le projet qui, devenu loi,

fut un bienfait essentiel pour notre société et un véritable embellissement de nos institutions ; si la loi parfois n'échappe pas aux défauts inhérents à toute création de l'esprit humain, elle se distingue par la profondeur de la conception, la richesse et la coordination des détails ; elle est d'une structure si solide et d'un art si sûr qu'on pourrait y introduire tous les perfectionnements et améliorations sans en affaiblir la base, sans en détruire l'unité, sans en atteindre l'essence. Cela est très important, puisque l'altération de l'esprit même de la loi 1818 et la destruction de son unité, préjudicieraient aussi bien à l'institution hypothécaire elle-même qu'à la solidité des droits immobiliers et au crédit qui dépend de cette solidité » (*Droit hypothécaire polonais*, p. 15).

Quelles sont donc les qualités qui ont valu un tel succès au nouveau régime hypothécaire ? C'est sans doute le principe de publicité qui domine toute cette législation, principe très hardiment appliqué et garanti par d'énergiques sanctions. Nous voulons dès à présent indiquer d'une façon succincte les traits essentiels de ce système de publicité.

1) Tous les actes concernant la propriété foncière et les droits susceptibles d'hypothèque doivent, pour avoir toute l'efficacité désirable, être inscrits sur les registres hypothécaires. Il en résulte que le régime hypothécaire polonais ne connaît pas d'hypothèques occultes. La règle de l'universalité des inscriptions ne souffre que des exceptions insignifiantes, qui se justifient par des raisons plausibles.

2) Les registres sont tenus par parcelles et non par noms de personnes, d'où une facilité pour les recherches des droits grevant l'immeuble et un tableau exact de sa situation juridique.

3) Un lien intime existe entre la confection des actes établissant les droits sur l'immeuble et l'inscription des actes sur les registres ; d'où la conséquence que les registres polonais donnent à l'acquéreur d'un droit sur l'immeuble une pleine sécurité sur le point de savoir qui en est le propriétaire véritable.

4) Les registres constituent des titres authentiques qui confèrent des droits sur l'immeuble. Ils font pleine foi à l'égard des intéressés qui peuvent traiter en toute sécurité avec la personne dont le titre a été inscrit conformément aux prescriptions de la loi. Quiconque contracte avec le titulaire du droit inscrit sur la foi des registres est à l'abri de toute éviction.

5) Sont soumis à la publicité non seulement les actes de transmission des droits immobiliers entre vifs, mais aussi les mutations par décès. Ce complément de publicité est destiné à faire des registres l'expression très fidèle de tous les changements survenus dans la situation juridique de l'immeuble.

6) La loi ne se borne pas à assurer la publicité des droits incontestables. Elle met à la disposition des intéressés qui veulent s'assurer les avantages d'un jugement favorable devant intervenir dans la suite, un système d'inscriptions connues sous le nom de « protestations. »

7) Par une bonne organisation des registres elle rend les recherches faciles et commodés. Ce but est atteint par l'existence d'une partie du registre appelé « indicateur hypothécaire » qui, au lieu de donner *in extenso* le texte des titres conférant des droits sur l'immeuble, se borne à réunir les indications intéressant les tiers ; ceux-ci sont ainsi dispensés de consulter les autres parties du registre.

8) Une mesure particulière est ordonnée pour que les registres remplissent aussi pleinement que possible leur fonction d'être un guide sûr pour les intéressés. Elle consiste à soumettre chaque titre à inscrire au contrôle préalable d'une commission chargée de vérifier si rien au point de vue légal ne s'oppose à la prise de l'inscription.

Tout cela fait que le régime hypothécaire polonais est une sérieuse garantie de l'existence réelle des droits portés sur les registres hypothécaires.

« La publicité complète est l'âme de notre hypothèque. Elle vivifie tous les organes de son beau système dont les règles s'appliquent non seulement aux dettes, comme cela a lieu en droit français, mais à tous les droits quelconques sur l'immeuble, excepté aux privilèges et à quelques servitudes foncières. Aussi notre régime hypothécaire présente une sécurité pour l'existence réelle de tous les droits sur l'immeuble, sécurité basée sur l'indicateur hypothécaire et garantie par lui. Déjà cette seule circonstance qui constitue la différence principale entre l'hypothèque polonaise et l'hypothèque française, n'a pas pu rester sans

influence profonde sur le Code civil » (Dutkiewicz, *op. cit.*, p. 17).

La réforme de 1818 n'a donc pas été une simple réforme hypothécaire. Une législation est nécessairement un système et un système compliqué. Aussi le moindre changement dans une des parties de ce système a pour effet inévitable de produire dans les autres parties qui sont dans un lieu de dépendance réciproque des changements correspondants. Il en est de même dans la législation de la Pologne russe. Voulant subvenir au crédit foncier et encourager les prêts sur hypothèque, la loi attache une importance toute particulière à l'inscription sur le registre. Mais, ayant établi le principe de publicité, condition *sine qua non* du crédit immobilier, elle se trouva en collision avec les principes fondamentaux de la législation en vigueur. Le Code Napoléon, qui régit la Pologne depuis la fondation du grand-duché de Varsovie (à l'exception du livre I refondu en 1825 et du titre relatif aux régimes matrimoniaux), se trouva par contre-coup modifié dans quelques-unes de ses dispositions capitales. Ainsi le principe fondamental du Code Napoléon : *Nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet*, a cessé d'être vrai pour les immeubles depuis la réforme hypothécaire. C'est plutôt le principe contraire qui est vrai, puisque le propriétaire inscrit peut valablement aliéner un immeuble, ne lui appartenant pas en réalité, à un tiers qui a traité avec lui sur la foi de l'indicateur hypothécaire. De même la loi hypothécaire de 1818 a supprimé l'action en revendication

du propriétaire véritable contre un tiers acquéreur de son immeuble agissant de bonne foi.

La règle du Code Napoléon en vertu de laquelle l'hypothèque est l'accessoire de la créance garantie n'est plus vraie non plus. Par l'inscription, elle acquiert une existence indépendante de la créance et, non rayée, existe *per se*.

Enfin, le mode de la dévolution de la succession en tant qu'il s'agit d'immeubles ou de droits susceptibles d'hypothèques n'est plus celui du droit commun du Code Napoléon. L'auteur de la loi de 1818 a eu l'idée aussi heureuse qu'originale d'organiser, à la mort du titulaire d'un droit susceptible d'hypothèque, une procédure successorale pendant laquelle le droit est frappé d'indisponibilité. Cette procédure, fort utile et indispensable pour ne pas interrompre la chaîne des inscriptions, a pour conséquence d'abroger partiellement le principe du Code Napoléon en vertu duquel la succession s'acquiert de plein droit à la mort du *de cuius*.

Aussi pouvons-nous adresser une légère critique à la rédaction de l'intitulé de la loi de 1818 qui porte que cette loi remplace le titre xviii du livre III du Code civil. La portée de cette loi est plus considérable. Le législateur l'a vu lui-même, d'ailleurs, puisqu'il dispose dans l'article 163, alinéa 2 de la loi : « A partir du même moment (c'est-à-dire du moment où la nouvelle loi entrera en vigueur), les prescriptions des lois antérieures incompatibles avec la présente loi, cessent d'être obligatoires. »

HISTORIQUE

La publicité dans les législations hypothécaires de la Pologne antérieures au régime hypothécaire actuel.

Dans l'ancienne Pologne l'hypothèque proprement dite était inconnue. Pour établir le crédit réel immobilier on se servait de l'antichrèse qui conférait au créancier la possession de l'immeuble. Cette institution était connue sous le nom de *obligatio de facto*. On trouve, il est vrai, l'expression « hypothèque » dans le recueil des lois *Volumina legum*, mais elle n'est pas prise dans le sens d'une véritable hypothèque. La première forme du crédit immobilier ne tarda pas à en prendre une plus moderne. Le mode de garantie, qui remplaça l'*obligatio de facto*, consistait en ce que le créancier ne se mettait pas en possession de l'immeuble affecté à sa créance aussitôt la créance née, mais en ce qu'il n'exerçait ce droit qu'au cas de non-paiement. Cette institution s'appelait : *inscriptio certi debiti ad certum tempus obligati*. C'est au début du xvi^e siècle que nous voyons apparaître en Pologne une

véritable hypothèque *obligatio in bonis assecurata*, c'est-à-dire un droit réel portant sur un immeuble et qui permet de se faire payer sur cet immeuble par préférence aux autres créanciers en quelques mains que l'immeuble se trouve. Les auteurs (Steiner, Zydowski) sont unanimes à reconnaître l'absence du principe de priorité dans les paiements des créances stipulés antérieurement au début du xvi^e siècle. C'est à cette époque que le principe de priorité fait son apparition et avec lui l'inscription sur les livres fonciers du tribunal compétent. C'est à partir de cette époque qu'on fait dépendre la priorité du rang de l'inscription. Toutefois cela paraît avoir été l'œuvre des praticiens qui devancèrent sur ce point le pouvoir législatif. Le premier monument législatif qui consacre le principe de publicité et fait dépendre de l'inscription la priorité du rang est la loi de 1588 (*Volumina legum*, t. II, p. 1219). La constitution de 1588 a eu une importance considérable tant par l'étendue des droits auxquels elle s'appliquait que par l'énergique sanction qu'elle édictait pour faire respecter ses dispositions, aussi croyons-nous utile de la rapporter entièrement : « Reconnaissant publiquement la validité des inscriptions, pour prévenir les erreurs de ceux qui prêtent leur argent sur des fonds déjà grevés, nous décidons :

Celui qui le premier aura acquis un droit et une inscription (*prawo i zapis*) sur un fonds, aura droit de priorité, et si quelqu'un, sur le fondement d'une inscription prise à la suite d'une exécution a été envoyé en possession d'un

domaine avec le droit de percevoir les revenus de ce fonds jusqu'à concurrence de sa créance, la somme, garantie par la première inscription, jouit quand même d'un droit de préférence, sauf le cas où quelqu'un aurait déjà possédé le domaine pendant trois ans, où le cas d'une première inscription nulle en vertu de la loi même.

Pour éviter les fraudes et le dol, nous décidons que toutes les inscriptions faites par le créancier, le débiteur ou le serviteur de l'un d'eux sur les livres de villes et les livres terriers (1) (*Księgi grodzkie lub ziemskie*) en dehors du lieu de la situation de l'immeuble, seront transférées, pour que tous en aient connaissance, sur les livres compétents d'après la situation de l'immeuble. La priorité d'une telle inscription sera déterminée par la date de son transfert sur les livres.

Nous prévenons en outre que si certains actes se trouvent inscrits par collusion, au détriment des créanciers, ou semblent suspects pour toute autre cause, les

(1) La constitution fait allusion à la distinction des livres fonciers suivant les tribunaux dans lesquels ils étaient tenus. Il y avait dans l'ancienne Pologne deux sortes de juridictions : 1^o les *judicia castrensia* qui se trouvaient dans les villes fortes que la couronne concédait aux baillis en leur donnant un pouvoir propre de juridiction, mais la compétence du bailli en matière civile fut très restreinte. Dans ces tribunaux étaient tenus des registres destinés à recevoir les inscriptions, mais l'efficacité de ces inscriptions était subordonnée à une condition : l'inscription devait être renouvelée dans l'année sur les registres du tribunal terrier compétent ; 2^o les tribunaux terriers, *judicia terrestria*, qui remontent au x^v^e siècle, avaient une compétence plus étendue que les premiers.

créanciers, au préjudice desquels l'inscription a été effectuée, peuvent contester l'inscription opérée. »

Cette constitution établit définitivement le principe de priorité, admis depuis le commencement du xvi^e siècle à l'état d'un droit coutumier. Désormais, en vertu de la constitution même, qui « reconnaît la validité des inscriptions », l'efficacité d'un droit sur l'immeuble dépend de son inscription. En effet, l'inscription est requise non seulement pour l'efficacité de l'hypothèque, mais de tout droit portant sur l'immeuble : droit de propriété, antichrèse, bail et servitudes. L'utilité de ces inscriptions était augmentée par le contrôle préalable du tribunal. En effet, aucune inscription ne pouvait être prise sur les registres du tribunal sans que celui-ci l'ait homologuée préalablement. La constitution parle un langage un peu obscur, mais l'hypothèse qu'elle prévoit devient compréhensible dès qu'on sait en quoi consistait la voie d'exécution sur les immeubles dans l'ancien droit polonais. Le créancier non payé pouvait alors demander l'envoi en possession du domaine affecté à la garantie de sa créance. Les autres créanciers qui voulaient se faire payer sur le même immeuble pouvaient alors demander le partage du fonds en nature. Ce partage se faisait dans l'ordre des inscriptions. Mais pour obtenir le partage, les créanciers devaient agir avant l'expiration d'un délai de 3 ans qui se comptait à partir de l'inscription constatant l'envoi en possession solennel du premier créancier. Le délai de 3 ans expiré, le créancier devenait propriétaire de l'immeuble.

Ceci dit, nous pouvons expliquer l'hypothèse prévue par la constitution : un créancier qui s'était fait envoyer en possession d'un immeuble, doit céder sa place au créancier antérieurement inscrit, à moins qu'il n'eût acquis la propriété de ce domaine par la prescription de 3 ans (*triennalis possessor*).

La publicité recevait donc entière satisfaction.

Remarquons en outre que ce n'était pas sur les registres d'un tribunal quelconque que l'inscription devait être prise : elle devait s'effectuer sur les registres du tribunal compétent suivant la situation de l'immeuble (*in foro proprii districtus*). Dans le système de la loi de 1588, la publicité des droits portant sur les immeubles et particulièrement celle des hypothèques était énergiquement sanctionnée. Une hypothèque ne satisfaisant pas aux exigences de la loi restait à l'état de créance chirographaire. Cette règle ne souffrait qu'une exception unique : d'après le droit successoral polonais, la loi excluait les femmes de la succession des immeubles, mais leur accordait un équivalent en argent. Leurs frères étaient tenus de leur constituer une dot d'une valeur égale à celle des immeubles qu'ils avaient recueillis dans la succession à la place des filles. Pour garantir aux femmes l'obtention de leur dot, une loi de la même année (1588) leur accordait une hypothèque sur les immeubles de leurs frères.

C'était le seul cas d'hypothèque occulte.

On voit par cet examen que le système de la constitution de 1588 marquait au point de vue de la garantie du

crédit un grand développement : ce qui a fait dire à M. Dutkiewicz que ce sont peut-être les Polonais qui peuvent revendiquer la priorité d'une bonne hypothèque.

Nous ne citons que pour mémoire une loi de 1768 qui se rapporte à notre sujet, mais qui n'a pas d'importance au point de vue des principes, puisqu'elle ne fait que confirmer ceux de la constitution de 1588. Elle a pour objet principal de déterminer les délais pendant lesquels les inscriptions portées sur les livres d'un tribunal non compétent devaient être transférées sur les registres du tribunal du lieu de la situation de l'immeuble.

Nous citerons enfin une dernière constitution en matière d'hypothèque. Elle date de 1775 et vient au secours des débiteurs de condition noble : « Désirant prévenir la ruine des fortunes nobles et, en même temps, mettre un terme aux contestations et procès surgissant sans cesse au sujet des dettes qui grèvent ordinairement les fonds nobles, nous prescrivons à tous les tribunaux de ville, tant dans les pays de la couronne que dans les pays de la Lithouanie, de créer un registre spécial pour les personnes qui contractent les dettes.

Sur ce registre sera obligatoirement portée la dette de toute personne qui emprunte de l'argent. Nulle dette autre que celles des nobles du palatinat (*województwo*), district ou arrondissement donné ne peut être inscrite sur ce registre. Si le débiteur a emprunté une somme d'argent non pas dans son arrondissement (*powiat*), mais dans une province éloignée, le créancier qui donne cette somme

par acte authentique ou par acte sous seing privé ou par un billet à ordre, est tenu d'envoyer son titre au tribunal de ville compétent à l'égard du débiteur afin qu'il soit transcrit sur le registre ci-dessus mentionné dans un délai d'un an et six semaines, sous peine de perdre la somme prêtée, s'il ne se conforme pas à cette obligation.

En ce qui concerne les dettes contractées à l'étranger, nous ordonnons à la commission des finances de la couronne d'établir un registre sur lequel les créanciers qui prêtent de l'argent sont tenus d'inscrire ainsi les dettes de toutes sortes contractées par les nobles polonais à l'étranger, sous peine de perdre les sommes prêtées en cas d'inobservation de la présente loi (*Volumina legum*, t. VIII, p. 178).

La constitution de 1775 introduisit une innovation qui ne fut pas à l'avantage du système de publicité, qui jusque-là était bien organisé et présentait toute la sécurité nécessaire. Elle ne dispensait pas, il est vrai, les dettes de la nécessité de l'inscription. Elle prononçait même la nullité des créances non inscrites. Mais elle portait atteinte à l'organisation uniforme des registres. Désormais il existait, en effet, deux livres, un pour recevoir l'inscription des droits sur les immeubles en général, l'autre pour les dettes des nobles, ce qui rendait les recherches plus difficiles. Ce n'est pas tout : elle permettait de prendre une inscription sur la présentation d'un simple acte sous seing privé tel qu'un billet à ordre. Cet acte pouvant être contesté après l'inscription, il s'en suit

que les registres n'offraient pas toute la sécurité qu'ils sont appelés à donner dans une bonne législation.

Tels furent les traits essentiels du système de publicité de la Pologne. Cette législation avait des qualités incontestables. Elle n'était pas toutefois exempte de défauts. Nous avons vu que l'innovation de la constitution de 1775 établissant deux registres pour les droits qui grèvent les immeubles ne fut pas très heureuse. Mais ce qui est surtout important à constater, c'est qu'aucune de ces lois n'organise la publicité pour les transmissions à cause de mort, ce qui constitue une lacune incontestable.

Cela dura ainsi jusqu'en 1794, date à laquelle une partie de la Pologne, qui correspond aux gouvernements actuels de Plotzk, Souvalki, Lomza, Piotrkow, Kalich et à la partie du gouvernement de Varsovie située sur la rive gauche de la Vistule, se trouva régie par l'*Allgemeine Hypotheken-Ordnung* du 20 décembre 1783 de Frédéric le Grand. Cette ordonnance procéda des mêmes principes que les lois hypothécaires de l'ancienne Pologne, mais elle les applique d'une façon plus rigoureuse. Les registres fonciers devaient être tenus par les tribunaux de chaque province. Tous les immeubles quelconques devaient être immatriculés sur ces registres et y avoir une page spéciale (art. 6 et 8). Leur organisation était la suivante. Les registres contenaient trois rubriques : 1^o la première était destinée à énoncer le nom du propriétaire, son titre et le prix d'acquisition de l'immeuble (art. 41), 2^o la seconde comprenait les charges perpétuelles de

l'immeuble (onera perpetua und Einschränkungen des Eigenthums oder der Disposition), telles que les servitudes, les fidéicommiss et leur exclusion, 3° la troisième (Gerichtlich versicherte Schulden und andre Real-Verbindlichkeiten) contenait la mention des créances hypothécaires et des droits garantis par l'hypothèque. Il y avait une colonne pour les cessions et les hypothèques au second degré.

Il existait en outre deux registres : 1° Ingrossationsbuch, un par chaque ressort du collège hypothécaire destiné à recevoir la copie des actes servant de fondement à l'inscription, les originaux des actes étant rendus aux intéressés, 2° Grand und Beilage-Akten pour chaque immeuble, destiné à recevoir les requêtes adressées aux tribunaux pour obtenir l'autorisation de prendre l'inscription, ainsi que les décisions de ces tribunaux accordant ou refusant les inscriptions. En effet, aucune inscription ne pouvait être prise d'après l'ordonnance de 1783 sans une demande faite au tribunal au moyen d'une requête signée d'un notaire. Le tribunal, sur le rapport d'un magistrat vérifiait si l'acte ne contenait rien de contraire aux lois et après avoir constaté l'absence d'obstacles, rendait une décision permettant d'opérer l'inscription (art. 11 et suiv.). L'inscription était non seulement la condition de l'acquisition d'un immeuble ou d'un droit réel, mais l'omission de cette inscription était sanctionnée par des amendes que le collège hypothécaire avait le droit d'infliger à l'acquéreur, lorsqu'il avait reçu connaissance

d'une transmission non suivie d'inscription dans le délai d'un an.

Devaient être inscrites non seulement les charges perpétuelles, mais aussi toutes les hypothèques sans distinction entre les hypothèques conventionnelles et les hypothèques légales.

L'hypothèque légale du fisc sur les biens des comptables, celles des femmes mariées et des mineurs en tutelle étaient astreintes à la formalité de l'inscription (titre II, art. 182-188). L'hypothèque occulte n'existait donc pas. L'ordonnance hypothécaire n'admettait pas l'hypothèque judiciaire, mais, si elle n'attachait pas une hypothèque à toute condamnation, elle permettait au titulaire d'un droit réel de se réserver une inscription pour l'avenir au moyen d'une prénotation, ce qui conférait au droit contesté du créancier les garanties du droit réel (titre II, art. 289). L'ordonnance organisait aussi, et c'est une supériorité sur le droit antérieurement en vigueur, un contrôle sur les transmissions des droits réels à cause de mort. En cas de décès du titulaire du droit réel, ses successeurs devaient présenter au collège hypothécaire les preuves de leur droit à la succession. En cas de contestation, le collège devait surseoir à l'inscription jusqu'à ce que le tribunal se fût prononcé. Enfin l'ordonnance prussienne établit la mobilisation du sol à l'aide du système suivant. Pour opérer la cession de l'hypothèque, le créancier se faisait délivrer par le collège hypothécaire un certificat constatant l'existence de l'hypothèque, certificat qu'on appelait « *Hypothekenschein*

in vim recognitionis. » Ces « *Hypothekenscheine* » auxquels étaient joints les titres conférant l'hypothèque circulaient de mains en mains : il était ainsi facile de les aliéner. Toutefois cela n'était pas sans inconvénients. Les registres présentaient ainsi une lacune, parce qu'on n'y pouvait trouver toutes les informations concernant l'immeuble.

En somme, cette législation était une amélioration par rapport au régime hypothécaire préexistant. Ses qualités sont incontestables au point de vue de la sécurité des transactions et l'on s'explique que plus de vingt États aient adopté le système de publicité prussien. Nous verrons par la suite que lorsque le législateur de 1818 a réformé le régime hypothécaire, il s'est largement inspiré de l'ordonnance de 1783 et du Landrecht prussien de 1794. Ceci est très important à constater. Nous verrons en effet, que le législateur a laissé dans son œuvre plusieurs questions non résolues. Aussi pour solutionner des problèmes non prévus, la législation prussienne sera-t-elle pour nous un précieux guide.

Dans la partie de la Pologne qui fut annexée à l'Autriche, c'est-à-dire dans le pays qui forme aujourd'hui les gouvernements de Radom, Siedlce, Kielce, Lublin et la partie du gouvernement de Varsovie située sur la rive droite de la Vistule, on laissa subsister l'ancien régime hypothécaire polonais, sauf à y introduire quelques modifications concernant les registres. Mais le système ancien fut totalement supplanté par la « *tabula* » autrichienne dans une partie du gouvernement actuel de Lublin qui

fut rattachée à la Galicie. Le système hypothécaire autrichien reposait sur les mêmes bases que le système prussien en vigueur dans l'autre partie de la Pologne.

Les livres fonciers (*tabulæ*) faisaient foi à l'égard des tiers. Ils étaient destinés à les informer de toutes les charges grevant les immeubles et étaient soumis, comme en Prusse, au contrôle du tribunal duquel dépendait la possibilité de prendre une inscription. La législation autrichienne, comme l'ordonnance hypothécaire prussienne, n'admettait pas d'hypothèques générales occultes, ce qui était une bonne mesure dans l'intérêt du crédit. Si les deux régimes hypothécaires se ressemblaient, on doit cependant relever quelques différences entre eux.

Nous constatons, en premier lieu, l'existence dans le régime autrichien de l'hypothèque attachée à la condamnation en matière personnelle, tandis que l'ordonnance n'admettait l'inscription que pour assurer l'exécution d'un jugement en matière réelle. L'organisation des registres ne ressemblaient pas non plus à celle des registres prussiens. Les « *tabulæ* » autrichiennes étaient composées de deux livres. Le livre principal était destiné à recevoir les inscriptions. Le second livre était une collection de titres : ceux que déposaient les parties intéressées, les décisions du tribunal admettant ou refusant l'inscription, etc. Le livre principal autrichien ne contenait pas, à la différence des registres prussiens, un sommaire hypothécaire permettant d'embrasser d'un coup d'œil la situation juridique de l'immeuble. Il est vrai que les premières pages du livre

autrichien contenaient l'indication des mutations du droit de propriété, mais c'était tout. Les autres mentions se faisaient dans l'ordre chronologique, ce qui rendait les recherches difficiles. Ensuite, et c'est encore une infériorité par rapport au système prussien, la loi autrichienne admettait l'inscription sur la présentation d'un acte sous seing privé. L'inscription (*intabulatio*) pouvait être prise à la seule condition que l'acte fût signé par le constituant et par deux témoins appelés témoins tabulaires. L'admission à l'inscription de ces actes avait cette conséquence fâcheuse que l'inscription pouvait être contestée dans un délai de trois ans. Aussi la sécurité du crédit éprouvait-elle une atteinte considérable. Notons enfin une dernière différence, celle-ci à l'avantage du système autrichien. Tandis que l'ordonnance de 1783 admettait que toutes les cessions et engagements des droits réels en second ordre se fissent en dehors des registres hypothécaires au moyen des « *Hypothekenscheine* », la loi autrichienne subordonnait la validité des cessions et des « *subintabulations* » à l'inscription sur les registres, ce qui répondait mieux aux exigences d'un bon système de publicité dans lequel le registre est un tableau fidèle de la situation de l'immeuble.

Tels étaient les qualités et les défauts de la publicité avant la fondation du grand-duché de Varsovie.

Après la bataille de Friedland et le traité de Tilsitt (7 juillet 1807), Napoléon I^{er} forma un petit État qui appartenait à la Confédération du Rhin dont le souverain était

le roi Frédéric-Auguste de Saxe. Cet État qui, au début, ne comprenait qu'un territoire de 102.000 kilomètres carrés répartis entre six départements (Posen, Kalich, Plotzk, Varsovie, Lomza, Bromberg) fut augmenté après la paix de Vienne d'une partie de la Galicie comprenant quatre départements (Siedce, Lublin, Radom, Cracovie) ce qui porta l'étendue du territoire de cet État à 154.176 kilomètres carrés. Napoléon donna le 22 juillet 1807 une constitution « au peuple de Varsovie et de la Grande Pologne, constitution qui mettait en harmonie la liberté et les privilèges de cette population avec la paix des pays voisins » (*Bulletin des lois du duché de Varsovie*, t. II p. 47).

Elle devait avoir une importance considérable pour le pays. En effet la constitution proclamait l'égalité de tous devant la loi et abolissait le servage (art. 4).

La réalité offrit pourtant un autre tableau. Les paysans qui ne quittaient pas les terres sur lesquelles ils étaient établis restèrent soumis à la corvée au profit des propriétaires fonciers (décret du 21 décembre 1807. *Bulletin des lois*, t. I, p. 10).

Voici comment on comprenait l'égalité de tous devant la loi : le décret du 17 octobre 1808 enlève aux juifs les droits politiques, celui du 19 novembre 1808 leur défend d'acquérir les immeubles situés dans les campagnes et des décisions postérieures leur défendent d'habiter certaines rues de Varsovie (Reincke. *Essai de législation*, p. 9).

Il y eut pourtant une disposition de la constitution qui s'appliqua réellement, disposition d'une importance capitale

pour la vie économique de ce pays : c'était l'article 59, confirmé par le décret du nouveau gouvernement du 27 janvier 1808, qui déclarait le Code Napoléon législation en vigueur dans le duché de Varsovie à partir du 1^{er} mai 1808. Du même coup le régime hypothécaire de la Pologne se trouva modifié une fois de plus. Si l'introduction du Code Napoléon fut pour ce pays un bienfait et lui permit de profiter de quelques réformes capitales, notamment de la sécularisation de l'état civil (1), il arriva que la Pologne se trouva du même coup sous le régime hypothécaire tel qu'il résultait du titre XVIII du livre III du Code Napoléon.

Le système de publicité organisé par le Code marquait un recul incontestable par rapport aux législations antérieures. Nos explications seront très brèves sur les défauts du système français, celui-ci ayant été depuis longtemps l'objet de nombreuses critiques. Pour être complet sur les systèmes en vigueur en Pologne avant la dernière réforme, rappelons seulement les défauts les plus importants du système français.

1) Le Code n'organise la publicité des transmissions du droit de propriété que dans le cas unique d'une aliénation à titre gratuit, comme si cette sorte d'aliénations seulement intéressait les tiers. Pour les autres aliénations la transcription était facultative. Le Code Napoléon se départit du principe salulaire de la loi du 11 brumaire de l'an VII

(1) La sécularisation de l'état civil fut supprimée dans la suite par la diète de 1825.

qui subordonnait à la transcription le droit d'opposer l'acquisition aux tiers. Or c'est l'absence de cette transcription dans le Code qui fut « désastreuse » et non son maintien, comme cela a paru à Tronchet.

2) En ce qui concerne les hypothèques, celles-ci n'étaient pas toutes soumises au principe de la publicité. Les hypothèques occultes des femmes mariées pouvant remonter jusqu'au jour de la célébration du mariage, les hypothèques des mineurs et interdits ayant effet du jour de l'organisation de la tutelle, n'étaient pas de nature à consolider le crédit des personnes dont les biens en étaient frappés.

3) Ce danger était augmenté par l'existence soit de nombreux privilèges généraux portant sur tous les immeubles et sur tous les meubles (art. 2101), soit de privilèges spéciaux sur certains immeubles : privilèges du vendeur, des copartageants, de l'architecte. Il est vrai que ces privilèges n'étaient pas dispensés de toute publicité, mais leur existence pouvait préjudicier aux tiers qui traitaient de bonne foi avec le propriétaire de l'immeuble.

4) Les registres français étant tenus par noms de personnes, il était très difficile d'établir les charges grevant un immeuble déterminé. Pour connaître ces charges, il fallait savoir quels étaient les propriétaires de cet immeuble sans en omettre aucun en remontant à un temps très éloigné. Ce n'est pas facile lorsque les registres ne fournissent aucun renseignement à cet égard. Nous ne pouvons pas nous priver de rapporter l'excellente critique de l'état de choses qui en résulte telle que l'a donnée

M. Charles Gide (*Bull. de la Soc. de législ. comparée*, avril 1886, p. 323) : « Vous voulez savoir la situation de tel domaine. Vous demandez au conservateur s'il est hypothéqué. Il vous répond : Je ne connais pas les immeubles ; je ne connais que les propriétaires. Vous citez alors le nom du propriétaire actuel : Jean Bernard. Le conservateur trouve une demi-douzaine de Jean Bernard, qui sont tous grevés d'hypothèques. Il vous délivre un état portant toutes les hypothèques de ces homonymes. Par contre, si vous omettez ou si vous désignez mal les noms de précédents propriétaires, le conservateur ne fait pas de recherches au nom de ces personnes et vous risquez d'ignorer les hypothèques qu'ils ont établies. Ajoutez que dans tous les actes, même notariés, et par conséquent dans les transcriptions, le signalement de l'immeuble est donné le plus souvent par les noms des propriétaires voisins. Quand les voisins ont changé, on ne sait plus de quel immeuble il s'agit. »

Étant donné tous ces défauts, dans un pays qui avait le souvenir d'une meilleure législation, est-il étonnant qu'on ait songé à abroger le régime hypothécaire français pour le remplacer par un système plus conforme aux besoins du crédit et à une longue tradition du pays ?

PREMIÈRE PARTIE

Conditions préalables de la prise d'une inscription

CHAPITRE I

TITRES SERVANT DE FONDEMENT A L'INSCRIPTION

L'idée des lois hypothécaires étant que les registres seuls établissent la situation exacte de l'immeuble, le législateur a dû s'attacher à ce que ces registres fussent les plus conformes à la vérité et traduisissent réellement la volonté des parties.

C'est par cette considération que s'expliquent les conditions que doit remplir le titre servant de fondement à l'inscription : son caractère solennel, le lieu de sa confection, la présence des parties. « Tous actes entre vifs qui auraient pour conséquence de transférer, restreindre,

grever ou dégrever la propriété des immeubles, et tous les autres actes, qui concernent des droits hypothécaires, seront passés par les parties, en personne ou par leurs fondés de pouvoir spécial et authentique, dans la chancellerie du lieu où les immeubles sont situés » (art. 1).

La loi exige donc en principe que l'acte soit passé dans le bureau compétent. Comme les registres fonciers de chaque immeuble n'existent qu'en un seul exemplaire et que ceux-ci ne peuvent être déplacés de la chancellerie annexée au tribunal, la loi édicte cette règle dans l'intérêt des parties : ayant sous leurs yeux les registres, les parties peuvent se renseigner au moment même de la conclusion de l'acte. Si l'on passait l'acte en dehors de la chancellerie compétente, bien souvent il serait inutilement fait, sa transcription pouvant être devenue impossible dans l'intervalle qui sépare les deux opérations.

La règle énoncée n'est pourtant pas absolue. Les actes peuvent être passés dans une autre chancellerie et même à l'étranger. Dans ce dernier cas l'acte sera fait conformément à la règle *locus regit actum*. Mais ceci ne concerne que la constitution du droit. Un titre constatant la constitution du droit réel doit être légalisé par l'ambassade ou le consulat russe compétent et il doit être officiellement spécifié que l'acte a été conclu conformément aux lois du pays (art. 464, 465 C. pr. civ.). L'acte, qui confère une hypothèque, passé dans un pays qui l'admet en dehors de toute publicité, ne produira pourtant d'effet que par une inscription en forme,

Ce n'est pas seulement l'acte passé à l'étranger qui doit revêtir la forme authentique : la règle est applicable à tout acte entre vifs conférant un droit sur l'immeuble. Cela n'est pas dit expressément par la loi, mais comme les actes passés dans une chancellerie sont dressés par un notaire et que celui-ci confère l'authenticité aux actes qu'il passe, cette solution est évidente : pourtant elle était longtemps contestée pour les aliénations dans les rapports du vendeur avec l'acheteur. Cela résultait de cette distinction injustifiable que le Code Napoléon faisait entre la constitution d'hypothèque ne pouvant être effectuée que par acte authentique et l'aliénation d'un immeuble exempté de cette forme solennelle.

Il est étonnant qu'une telle controverse ait pu surgir, si on prend en considération ce qui est dit expressément dans les motifs de la loi (procès-verbaux de la diète de 1818, t. II, p. 76 et suiv.) : le Code en vigueur, c'est-à-dire, le Code Napoléon, y lit-on, admet malheureusement la vente d'immeubles par acte sous seing privé, mais on donnera la préférence à l'ancien régime hypothécaire polonais dans lequel le droit de propriété d'un immeuble ne pouvait être acquis qu'en vertu d'une inscription sur les registres du tribunal. D'ailleurs, cette question autrefois agitée, ne peut plus se poser aujourd'hui en face de l'article 241 du Code du notariat de 1864 applicable en Pologne depuis 1876, qui prescrit formellement que la vente d'un immeuble ne peut être faite autrement que dans la forme authentique.

L'intervention du notaire a son utilité et fournit une garantie très sérieuse de la valeur des énonciations du registre. Le notaire, dans l'esprit de la loi hypothécaire, ne se substitue pourtant pas aux parties, mais il joue le rôle du jurisconsulte qui les éclaire de ses conseils. Aussi ne peut-on se passer de la présence des parties qui demandent une inscription. Elles ne pourraient pas envoyer par exemple une demande à cet effet par lettre recommandée. D'ailleurs, l'auteur de la loi de 1818 s'est clairement prononcé sur le but qu'il poursuivait en déclarant obligatoire le concours des parties et du notaire compétent. « L'expérience a prouvé, a-t-il dit, que cela est nécessaire pour l'utilité des parties elles-mêmes. L'officier public qui a dressé l'acte dans un autre endroit, n'a pas consulté les registres hypothécaires. Si on lui présente un extrait des registres, quelle garantie a-t-on depuis la délivrance de cet extrait, des modifications ne sont pas survenues dans les registres hypothécaires? Souvent une erreur est commise dans les dates, dans les noms etc., surtout quand l'acte est passé à l'étranger. Quand l'acte parviendra à la chancellerie, que de correspondances avec les parties seront nécessaires jusqu'à complet éclaircissement de l'affaire, combien de temps et d'argent y faudra-t-il consacrer, pendant que les livres seront embrouillés et contradictoires » (*Procès verbaux de la diète de 1818*, t. III, p. 21).

Les parties doivent donc comparaître en personne ou se faire représenter par un mandataire muni d'une procura-

tion authentique et spéciale. Toutefois on admet que tous les contractants qui ont conclu l'acte ne sont pas forcés de se présenter. L'article 2 parle, en effet, des « parties intéressées » ; ce terme ne comprend que ceux au profit desquels un droit réel est acquis.

Le titre authentique n'est pas nécessaire pour tous les actes qui peuvent conférer un droit. La règle ci-dessus énoncée ne concerne que les actes entre vifs volontaires, (art. 4). Ce que le législateur a eu en vue résulte très clairement d'une déclaration faite par Antoine Wyczehowski : « De même que l'article 1 de la loi hypothécaire a trait aux actes entre vifs, volontairement faits, l'article présent concerne d'autres actes, ceux à cause de mort, comme les testaments, les actes passés après la mort du *de cujus* par ses héritiers avec d'autres personnes ayant un droit sur le patrimoine du défunt, les actes d'acquisition des biens dans les ventes publiques et autres dont l'énumération serait difficile. D'ailleurs, le renvoi général de cet article [il s'agit de l'article 4] aux autres chapitres du Code ne donne lieu à aucun doute ou à aucune confusion, puisqu'il résulte de l'intitulé même du projet de la loi discuté, qu'elle remplace le titre xviii du livre III du Code en vigueur, que les autres parties du même Code restent intactes ; d'autre part il était nécessaire de l'indiquer pour que celui qui reçoit la déclaration de la constitution d'hypothèque ne refuse pas d'inscrire sur les registres hypothécaires des titres valablement faits dans les cas précités, tels les testaments etc. » (Godlewski, *Travaux préparatoires*, p. 193).

Il s'en suit que ce ne sont pas seulement les actes authentiques qui servent de titre d'inscription : ainsi le partage d'une succession, lorsqu'il est fait à l'amiable, ne revêtira pas cette forme et pourra donner lieu à l'inscription.

Pourtant la forme authentique de l'acte est la règle :

Quel est l'effet d'un acte sous seing privé dans le cas où la forme authentique du titre est exigée ? Il n'est pas nul. (La nullité d'un tel acte était proposée lors de la rédaction de la loi, mais n'a pas été admise). Un tel acte, qui confère une hypothèque par exemple, constitue un titre de créance (art. 3), qui pourra donner lieu à une reconnaissance par le tribunal, mais qui ne confère pas de droit sur l'immeuble avant cette reconnaissance. Cette idée a été très exactement appliquée par le Sénat (10. 1890. Recueil Reincke) à une vente d'immeuble faite par acte sous seing privé avant 1876, c'est-à-dire, avant l'introduction en Pologne russe du Code de notariat de 1864 qui déclare nulle la vente d'un immeuble non faite dans la forme notariée (art. 241). Le Sénat a jugé que l'article 1583 du Code Napoléon étant modifié en ce qui concerne le droit réel conféré par le consentement des parties, la convention était pourtant un titre suffisant pour que l'acheteur pût s'adresser à la justice et demander l'autorisation de prendre l'inscription que le vendeur refusait à consentir.

CHAPITRE II

LES INSCRIPTIONS

Lorsqu'un titre en règle conférant un droit sur l'immeuble est présenté, on peut requérir l'inscription. Les inscriptions se répartissent en deux grandes catégories. Dans la première catégorie nous rangeons les inscriptions définitives conférant un droit sur l'immeuble à telle personne déterminée, par exemple l'inscription conférant le droit de propriété ou une hypothèque. Nous verrons dans la deuxième partie de notre travail comment elles sont opérées et quel est leur effet.

La deuxième catégorie est la plus intéressante, puisqu'elle constitue tout un système, système très ingénieux, dont le but est de constater l'incapacité du titulaire d'un droit réel ou l'indisponibilité de ses biens.

Les inscriptions qui forment ce second groupe sont connues sous le nom de « protestations. »

Parmi ces « protestations » mentionnons en premier lieu celles qui constatent l'incapacité résultant de l'interdiction judiciaire ou de la nomination d'un conseil judiciaire. Quelle sera la conséquence de l'interdiction judiciaire ?

Le système de la loi est le suivant : une décision du tribunal entraînant l'interdiction a pour effet de rendre nulle la concession d'un droit sur l'immeuble de la part de l'interdit, alors même que cette interdiction ne serait pas rendue publique, et l'hypothèque quoique inscrite sera non avenue. Mais si cette hypothèque inscrite a été cédée à un tiers de bonne foi avant la transcription du jugement prononçant l'interdiction, l'effet de la cession sera maintenu. Donc, si nous supposons que l'interdiction a été prononcée contre Primus et que celui-ci constitue une hypothèque à Secundus, Primus ou son tuteur pourra faire annuler cette hypothèque, même si elle a été inscrite avant la transcription du jugement d'interdiction. Mais si au moment où Secundus cède son hypothèque à Tertius, l'interdiction n'a pas été encore rendue publique par la transcription du jugement, Tertius acquerra une hypothèque inattaquable à la seule condition d'agir de bonne foi.

On explique cette différence par le raisonnement suivant : lorsqu'un tribunal a prononcé l'interdiction pour cause de démence, les facultés intellectuelles de l'interdit sont tellement anormales que la personne qui se fait consentir par l'interdit une hypothèque ne peut pas ignorer l'état mental du cocontractant et devient par cela même de mauvaise foi. Mais lorsqu'il s'agit d'un tiers qui n'a pas traité directement avec l'interdit, le tiers est dans l'impossibilité de vérifier l'état psychique de l'interdit et n'a d'autre source d'information que les registres hypothé-

caires destinés à recevoir la transcription du jugement intervenu.

Cette explication paraît bien traduire le fondement de la distinction que la loi fait suivant qu'il s'agit de l'ayant cause de l'interdit ou d'une personne qui tient son droit d'une personne à laquelle on a nommé un conseil judiciaire. Les droits consentis par ce dernier avant la transcription du jugement sans l'assistance du conseil sont maintenus. Rationnellement cette distinction ne se justifie pas. Nous ne voyons pas pourquoi on accorde plus de protection à un tiers qu'à l'ayant cause de l'interdit. Comment, en effet, admettre qu'une personne avec laquelle on traite soit en état de mauvaise foi par cela seul que son auteur a été mis en état d'interdiction ? On n'interdit pas seulement les fous furieux : on interdit aussi ceux qui peuvent avoir des intervalles lucides. Bien mieux, une des utilités de l'interdiction consiste justement dans cette suppression juridique des intervalles lucides, qui ne cessent pourtant pas d'exister en réalité. La distinction de la loi est donc injustifiable. Il fallait annuler tous les actes de l'interdit soit à partir du moment où l'interdiction est prononcée soit à partir de la transcription du jugement sans distinguer entre ses ayants cause et les tiers.

Signalons que les droits consentis par l'interdit avant le jugement ne peuvent être annulés que conformément au droit commun.

Parmi d'autres causes qui restreignent le droit de disposition d'un immeuble il faut mentionner ensuite la faillite.

Une protestation sera prise en vertu d'un jugement prononçant la faillite d'une personne, titulaire d'un droit réel. Elle sera effectuée à la requête du juge-commissaire (art. 135 de la loi hypothécaire). L'utilité de cette protestation est évidente : si le failli n'est pas un incapable, il ne peut pas par ses actes préjudicier à la masse des créanciers. La première conséquence de cette inscription sera que le failli ne pourra plus constituer aucune hypothèque. Bien plus, une hypothèque antérieurement consentie, mais non rendue publique, tombe et le créancier ne pourra prétendre qu'à un dividende au prorata de sa créance. Mais, si telle est la situation des créanciers qui n'ont manifesté aucune diligence, ne devrait-on pas décider autrement pour ceux qui ont fait opérer une protestation (1) et attendent un jugement favorable qui leur permettrait de la transformer en inscription définitive? Il a été jugé que non, et voici pour quel motif : après la déclaration de faillite, la liquidation de la masse est réunie entre les mains du syndic. Les poursuites individuelles sont suspendues et la constatation d'une créance résultera désormais de la procédure de production et de vérification des créances. Or le procès-verbal de la procédure de vérification des créances ne constitue pas un titre suffisant pour donner une hypothèque judiciaire, puisque celle-ci ne peut résulter que d'un jugement (Kapuscinski, *Jurisprudence du Sénat*, 251).

(1) Cette sorte de protestation distincte par son but forme la dernière variété de protestations dont il sera question plus loin.

Voyons maintenant quelle est la force des inscriptions opérées avant le jugement déclaratif de faillite. Ici nous devons signaler une importante modification apportée par les articles 134 et 135 de la loi hypothécaire à l'article 443 du Code de commerce (1). Dans le désir de conserver dans la mesure du possible les inscriptions effectuées sans fraude, la loi ne déclare pas nulles de plein droit les hypothèques consenties pendant les dix jours qui précèdent l'ouverture de la faillite. C'est seulement pour les droits consentis par le failli à titre gratuit pendant les dix jours qui précèdent l'ouverture du « concours » que la nullité existe de plein droit (art. 135, al. 2). Quant aux droits constitués à titre onéreux, ils ne peuvent être déclarés nuls, si la fraude n'est pas prouvée (art. 135, al. 3). La loi a pris en considération les nécessités du crédit, puisqu'elle déclare que les tiers de bonne foi qui acquièrent des hypothèques de cette sorte (constituées à titre onéreux) conservent leurs droits, si ceux-ci ont été rendus publics avant la protestation qui les avertit de la déclaration de faillite (même article).

Une protestation aura aussi son effet utile pour constater la cession de biens. Elle avertira les tiers que le débiteur ne peut pas par ses actes disposer au préjudice des créanciers. Cette mention ne sera pas très rare dans un pays où la contrainte par corps a été conservée.

(1) Il s'agit du Code de commerce français applicable en Pologne depuis la fondation du duché de Varsovie.

Ce sont aussi les déchéances qui frappent le titulaire d'un droit sur l'immeuble qui doivent être inscrites au moyen d'une protestation. La loi hypothécaire nomme parmi les peines soumises à l'inscription la perte des droits civiques et la mort civile (art. 132, al. 1.), mais elles ont été remplacées par ce que le Code pénal russe de 1866, applicable en Pologne, appelle « perte de tous les droits d'état », peine attachée à une condamnation criminelle rendue contradictoirement dans les 4 cas suivants : 1) la peine de mort, 2) la déportation à la suite d'une condamnation aux travaux forcés, 3) la transportation en Sibérie, 4) la transportation au Caucase. Ces peines entraînent dans le domaine des droits patrimoniaux des conséquences considérables : elles ouvrent la succession des biens que le condamné possédait au moment où le jugement est passé en force de chose jugée au profit de ses successeurs *ab intestat*. Elles donnent lieu à une procédure successorale à laquelle, en raison de son importance (cette procédure existe pour toute mutation d'immeubles par décès), nous consacrerons un chapitre spécial. Disons seulement ici qu'au cas où le tribunal prononce la perte de tous les droits d'état, la loi ordonne au procureur de requérir d'office la transcription du jugement.

Il existe enfin une dernière variété de protestations dont l'utilité pratique est considérable. Ce sont celles qu'un plaideur dont le droit dépend d'une sentence judiciaire fait opérer au début ou au cours de l'instance dans le but de se garantir les effets d'un jugement favorable. Un défen-

deur au procès, lorsqu'il voit que le litige ne sera pas tranché en sa faveur, peut être enclin à aliéner ses immeubles, à les grever d'hypothèques, de servitudes, etc. La partie gagnante, il est vrai, dispose de l'action Paulienne, mais l'exercice de celle-ci est difficile. La protestation a justement pour but de lui procurer un moyen plus facile, puisque, une fois opérée, elle met les tiers qui traitent avec son adversaire en situation d'être considérés comme étant de mauvaise foi. Les applications qu'on fait de cette protestation sont très variées. Le plus souvent elle aura pour but de garantir le droit de propriété, en cas de revendication, le droit de servitude, en cas d'action confessoire. Elle sera alors *pro conservando jure*. Tantôt elle assurera un rang favorable au créancier hypothécaire. Elle sera alors *pro conservando loco*. Mais cette protestation ne se borne pas à cela : elle a de l'utilité non seulement pour un tiers, mais encore pour le débiteur d'une créance hypothécaire lui-même ; voici dans quelle hypothèse : Lorsqu'un tiers, sur la foi du registre hypothécaire, se fait céder une hypothèque, son acquisition est inattaquable encore que la créance garantie par cette hypothèque soit éteinte, à la seule condition que le tiers agisse de bonne foi. Cette règle qui n'est que la consécration de la publicité, reçoit un correctif lorsque le débiteur prétend que la créance n'existe pas, soit que dès le début elle fût nulle, soit qu'elle fût éteinte par paiement, compensation ou autrement.

Grâce à la protestation que le débiteur fait mentionner

sur le registre, il avertit le tiers du danger qui le menace et détruit la force de son titre. La loi, qui permet dans ce cas de faire une protestation, ne la pouvait pas sans demander des preuves. Aussi subordonne-t-elle la validité de la protestation à l'observation de l'article 137. On a craint que des inscriptions ne fussent prises en vertu de créances illusoires, ce qui porterait une grave atteinte au crédit des propriétaires fonciers. Le souci d'enrayer une telle pratique explique l'exigence de la commission de la diète qui fit insérer dans le texte de l'article 10 les mots « conformément à l'article 137 » qui ne se trouvaient pas dans la rédaction primitive. En effet, les conséquences de la protestation sont considérables. Elle confère, suivant l'expression de l'article 137, « les effets des droits réels. » Elle crée, dès le moment de l'inscription, un droit conditionnel qui est opposable à tous. Ainsi, l'action personnelle, grâce à l'inscription, se transforme en une revendication qui pourra être exercée à l'encontre d'un détenteur quelconque de l'immeuble. Une créance sera garantie par une hypothèque sur un immeuble encore que celui-ci passe entre les mains d'un tiers avant la prise de l'inscription définitive.

Comme l'a dit l'auteur de la loi, « quelques personnes ont cru qu'il serait facile d'enchevêtrer la propriété d'autrui par l'inscription des protestations. S'il en était ainsi, les principes que contient la présente loi seraient contraires l'un à l'autre. Mais les dispositions spéciales de l'article 137 prouvent qu'il n'en est rien. La menace d'une contrainte

par corps en cas de non-réparation des dommages occasionnés par une protestation irrégulièrement opérée, retiendra les riches qu'ils n'oppriment pas les pauvres et n'abusent pas des différentes voies d'exécution qu'ils ont à leur portée. D'ailleurs, chacun peut se libérer par le paiement de sa dette » (*Procès verbaux de la diète, de 1818*, t. III, p. 22).

L'article 137, visé par l'auteur de la loi, est ainsi conçu : « Si quelqu'un veut faire inscrire une protestation, pour se garantir les effets des droits réels qu'il réclame ou afin d'opposer une exception en cas de jugement favorable, il doit présenter une requête avec les preuves à l'appui. L'acte qui autorise l'inscription de cette protestation doit être déposé par lui à la chancellerie avec l'original de la citation au débiteur et la quittance du greffier constatant le paiement du droit d'inscription. Mention du droit réclamé sera faite sur l'indicateur hypothécaire. Si le jugement est favorable, la créance prendra rang du jour où l'avertissement a été inscrit. Si la demande est rejetée, l'inscription sera rayée. Celui qui l'a requise, peut en outre, dans ce cas, être contraint par corps à la réparation du dommage. »

Quelles sont donc les conditions auxquelles la loi subordonne l'autorisation de prendre l'inscription? L'article 137 ne nous donne pas une réponse tout-à-fait exacte, puisqu'il exige qu'on présente dans la chancellerie hypothécaire un extrait de jugement autorisant à effectuer la protestation avec une citation notifiée à la partie adverse. L'ar-

ticle 137 parle encore le langage du Code de procédure français qui était en vigueur en Pologne lors de la rédaction de la loi hypothécaire. Mais celui-ci a été remplacé par le Code de procédure civile russe de 1864, d'après lequel les formalités qui lient l'instance ne sont pas les mêmes qu'en droit français. Ce n'est pas le demandeur qui cite le défendeur en justice. Le procès commence par une requête adressée au tribunal. C'est le tribunal qui fera citer le défendeur. Ainsi, le seul extrait de jugement autorisant de prendre l'inscription sera suffisant pour la faire opérer. La protestation ainsi effectuée peut servir à garantir les effets d'un jugement rendu non seulement par une juridiction civile, mais aussi par une juridiction criminelle, lorsqu'il y a lieu à allocation de dommages et intérêts (art. 137 de la loi hypothécaire et art. 238 du Code pénal). Le tribunal jouit d'un grand pouvoir d'appréciation pour autoriser les protestations. Il peut rejeter totalement la demande ou permettre la protestation pour une somme moindre que celle qui a été demandée (Kapuscinski, *Jurisprudence*, 151).

La loi ne laisse pas le titulaire du droit contre lequel la protestation a été opérée sans ressource : il peut interjeter appel de la sentence rendue. L'appel interjeté pourra être rendu public par une nouvelle protestation.

Même sans interjeter appel, le défendeur peut demander la radiation de la protestation. Ceci arrivera lorsque l'instance est abandonnée au périmée (Kapuscinski, 211). En outre, lorsque la protestation a été indûment opérée,

la partie qui a souffert un dommage peut demander (nous l'avons vu plus haut) la réparation du préjudice causé, réparation énergiquement sanctionnée par la contrainte par corps. Ordinairement la protestation est effectuée au début de l'instance, tandis que l'inscription définitive ne peut être prise qu'en vertu d'un jugement non susceptible de voies de recours. Mais il se peut que le plaideur ne puisse obtenir l'autorisation d'effectuer une protestation s'il n'a pas tout de suite à sa disposition les preuves qui peuvent rendre sa demande vraisemblable. Aussi lui permet-on de prendre une inscription dès que le jugement a été rendu, mais à condition qu'elle soit accompagnée d'une mention qui avertit que la sentence rendue n'est pas inattaquable.

CHAPITRE III

LES REGISTRES. — L'AUTORITÉ HYPOTHÉCAIRE

Pour que le principe de publicité reçoive une efficacité véritable, les registres doivent réunir deux qualités : 1° ils doivent fournir tous les renseignements nécessaires, de telle sorte que tous les droits sur l'immeuble, d'une certaine importance pour les tiers, s'y trouvent ; 2° en même temps il faut que les registres soient un instrument d'information d'un maniement facile, de telle sorte que l'intéressé puisse se contenter de n'en consulter qu'une partie pour être exactement renseigné sur la situation de l'immeuble.

Nous allons voir que les registres organisés suivant l'idée du conseiller d'État Wyczechowski, rédacteur de la loi de 1818, répondent au desiderata ci-dessus formulés.

En principe, chaque immeuble présentant une unité foncière doit avoir un registre spécial. Cela est possible dans un pays où la propriété foncière n'est pas très morcelée. Aussi la loi permet-elle de réunir dans un registre unique plusieurs immeubles, lorsqu'ils sont de peu

d'étendue ; les inconvénients n'en sont pas grands et c'est une économie (art. 15 de la loi hypothécaire et art. 110 de l'instruction de la commission gouvernementale de justice du 30 juin 1819). Dans ce cas, un indicateur hypothécaire distinct est réservé à chaque immeuble. De même un registre unique suffit, lorsque l'immeuble est composé de parcelles distinctes (quoique chacune ait un nom spécial), lorsque celles-ci, au moment de l'établissement du registre, appartenait à un propriétaire unique. Chaque parcelle doit, dans ce cas, être séparément mentionnée sur le registre.

Mais le registre unique ne peut suffire que pour le temps pendant lequel ces parcelles appartiennent à la même personne. « En cas de partage d'un tel domaine, il doit être organisé un registre spécial pour chaque parcelle distincte » (art. 15 de la loi hypothécaire). Mais lorsque des domaines, pour lesquels sont tenus des registres distincts, sont réunis dans le patrimoine du même propriétaire, l'organisation d'un nouveau registre unique est inutile. Dans ce cas, les inscriptions sont portées sur un registre : mention en est faite sur les autres, lorsque l'acte intéresse tous les immeubles réunis (art. 107 de l'instruction de 1819).

Lorsqu'un propriétaire ayant dans l'immeuble une part divise, un étage par exemple, veut tirer profit de l'organisation hypothécaire, a-t-il le droit de provoquer l'établissement des livres fonciers ? La loi ne le dit pas expressément, mais on devrait le lui permettre, à condition d'en supporter les frais. Cette solution découle de ce que ce

droit est accordé au créancier qui veut prendre une inscription sur un immeuble n'ayant pas de registre organisé (art. 26 de l'instruction hypothécaire de 1826).

Le registre de chaque immeuble est divisé en trois parties.

1^o La première partie, qui est la plus importante, forme « l'indicateur hypothécaire » destiné à donner un tableau sommaire, mais exact de la situation juridique de l'immeuble ;

2^o La seconde partie s'appelle « livre de conventions », qu'on appelle aussi « livre de perpétuité » ; cela rappelle la vieille terminologie polonaise : *akta wieczyste-acta perpetuitatis*. Les actes, dont le résumé est dans l'indicateur, se trouvent inscrits *in extenso* dans cette partie du livre. Il est destiné à recevoir les inscriptions de tous les actes relatifs à l'immeuble : aliénations, hypothèques, servitudes, etc., lorsque l'acte a été passé dans la chancellerie du ressort dans lequel l'immeuble est situé. Lorsque l'acte est passé dans une autre chancellerie ou à l'étranger, les parties présentent au secrétaire du bureau d'hypothèques le titre constatant leurs droits. Le secrétaire dresse un procès-verbal du dépôt des pièces et c'est ce procès-verbal qui sera transcrit sur le livre de conventions. Il en sera de même en ce qui concerne tout autre acte intéressant l'immeuble, tel que l'acte constatant le décès du propriétaire de l'immeuble, etc. Enfin le livre de conventions contiendra les décisions de l'autorité hypothécaire qui permettent ou refusent de prendre l'inscription.

3° Chaque livre possède en outre un « recueil de titres » ; ce n'est autre chose qu'un portefeuille relié à ce livre. Il contient tous les titres et pièces intéressant l'immeuble. Tels sont les titres établissant le droit de propriété sur l'immeuble lors de l'organisation du registre, les extraits des jugements, les testaments, les procurations authentiques, les numéros des journaux qui contiennent les publications exigées par la loi relativement à l'immeuble pendant la procédure successorale, etc.

Voyons maintenant quelles sont les mentions que doit contenir l'indicateur hypothécaire. L'indicateur est divisé en quatre rubriques qui se subdivisent en colonnes, ce qui permet de se faire rapidement une idée de la situation juridique de l'immeuble. La première rubrique porte le nom et la description de l'immeuble, les parcelles dont il est composé, le lieu où il est situé (la commune, la rue et le numéro de la maison, lorsque l'immeuble est situé dans une ville). C'est cette rubrique qui doit indiquer toutes les parcelles réunies à l'immeuble primitif, ainsi que l'étendue totale du domaine acquise par suite de cette augmentation. Une mention analogue doit être faite lorsqu'une partie est détachée de l'immeuble.

La diète de 1818, qui adopta l'importante loi hypothécaire, fit une autre loi servant de complément à la première, la loi sur l'abornement général, sanctionnée par l'empereur le 14 avril 1818 (Le texte de cette loi se trouve dans le tome IV du *Bulletin des lois*, p. 290). Cette loi prescrivait d'établir avec exactitude les limites des

domaines, de les décrire dans un acte distinct pour chaque immeuble et de dresser un plan qui serait joint au registre avec l'acte contenant la description. L'abornement général devait être confié à des organes judiciaires spéciaux créés à la suite de la réorganisation judiciaire. Or les projets du gouvernement sur la nouvelle organisation judiciaire n'ont pas été transformés en loi : l'abornement général n'a pas eu lieu. Lorsqu'on veut faire immatriculer un immeuble sur les registres, on doit alors procéder au bornage avec les voisins. Un géomètre assermenté est appelé à dresser le plan de l'immeuble. Les limites qui sont reconnues à la suite de cette opération sont décrites dans un procès-verbal de bornage qui figure parmi les pièces dans le recueil de titres et dont la mention est faite dans la première partie de l'indicateur hypothécaire.

Cette mention n'est pas la seule qui figure dans cette partie du registre : y sont aussi les servitudes établies au profit de cet immeuble. Mais l'énonciation de ces servitudes dans la première partie de l'indicateur du fonds dominant n'est pas suffisante pour acquérir ces servitudes. Pour les rendre opposables aux tiers, une inscription correspondante dans la troisième rubrique de l'indicateur du fonds servant est nécessaire.

La deuxième rubrique sert à désigner le propriétaire de l'immeuble. La première colonne de cette rubrique est destinée à recevoir les prénotations, appelées « avertissements », prises lors de la demande de l'inscription et qui,

après la décision de l'autorité hypothécaire, sont remplacées par des inscriptions en forme.

La deuxième colonne indique les prénoms et noms des propriétaires, la troisième colonne les titres de propriété, la quatrième colonne enfin indique le prix de l'immeuble tel qu'il résulte des actes. C'est dans la troisième colonne qu'on indiquera l'adjonction ou le détachement d'une parcelle, tandis qu'on fera dans la quatrième colonne mention de l'augmentation ou de la diminution de la valeur de l'immeuble.

La troisième partie de l'indicateur hypothécaire sert à rendre publiques les charges qui restreignent le droit de propriété, les servitudes, etc. Elle se divise en cinq colonnes. On y mentionne les prénotations (1^e colonne), le montant de la charge (2^e colonne), les titres servant de base à l'inscription (3^e colonne), enfin la cinquième colonne indique les titres autorisant l'exclusion des inscriptions. Dans les inscriptions on doit mentionner la date à laquelle l'acte a été homologué par l'autorité hypothécaire, le numéro de l'acte qui se trouve dans le recueil de titres ainsi que la page du livre de conventions à laquelle la mention de l'indicateur hypothécaire se réfère.

La quatrième rubrique du registre est réservée aux hypothèques. Elle est divisée en colonnes qui sont tout-à-fait identiques à celles que nous venons d'énumérer pour la partie précédente.

Comme l'hypothèque et quelques droits qu'on mentionne dans la troisième partie du registre peuvent être

cédés ou hypothéqués, il fallait organiser une publicité complémentaire pour la constatation de ces actes. Aussi trouve-t-on dans la troisième et quatrième partie de l'indicateur, en face de cinq colonnes énumérées, cinq colonnes supplémentaires correspondant aux premières.

Les protestations qui servent à garantir les effets d'un jugement favorable, s'inscrivent à la place qu'aurait occupée l'inscription définitive. Ainsi la protestation en vue du droit de propriété sera inscrite dans la deuxième partie. Lorsqu'il s'agit d'un droit qu'on inscrit dans la troisième et quatrième partie, la protestation sera portée à la colonne qui est destinée aux cessions de ces droits.

Quand un registre contient beaucoup de mentions, il devient de plus en plus difficile de le consulter. Le propriétaire de l'immeuble peut demander alors l'établissement d'un nouveau livre sur l'indicateur duquel on ne portera que les mentions qui ont conservé leur utilité. Il en sera de même en ce qui concerne les inscriptions du livre de conventions.

Nous avons décrit l'organisation des registres : voyons maintenant de quelle manière ils assurent la publicité. Le principe fondamental du système est que tout ce qui se trouve sur le registre fait foi à l'égard des tiers : c'est particulièrement à l'indicateur hypothécaire qu'appartient cette force probante (art. 17 de la loi). Si l'on exigeait que les tiers, pour ne pas encourir le reproche d'avoir agi sans la diligence nécessaire, dussent consulter les autres parties du registre, l'utilité de l'indicateur hypothécaire, véri-

tableau synoptique, disparaîtrait du coup (Kapusinski, 23). Il en résulte que si une clause de la convention, quoique contenue dans l'acte, ne se retrouve pas sur l'indicateur par suite d'une négligence du secrétaire ou pour une autre cause, elle ne sera pas opposable aux tiers. Les tiers ne seront pas considérés comme étant de mauvaise foi même s'ils connaissent cette clause. En effet, il peut exister dans le même acte deux sortes de clauses : une qui ne concerne que les personnes, l'autre qui est attachée à l'immeuble, même s'il sort du patrimoine du débiteur. Dans un système de publicité complet, comme l'est le régime de la Pologne russe, les tiers ont le droit de présumer que la clause qui ne se trouve pas mentionnée sur l'indicateur hypothécaire n'a pas été destinée à revêtir le caractère réel.

« Le droit ne suit pas la chose, n'a pas le caractère réel, s'il n'a pas été rendu public par l'indicateur. Il arrive souvent qu'on donne chez nous à la notion de bonne foi une portée trop large : est de bonne foi l'acquéreur qui ne sait pas que le bien qu'il acquiert appartient non pas à celui dont le nom figure sur l'indicateur hypothécaire, mais à une autre personne ; est encore de bonne foi l'acquéreur d'une créance, garantie par une hypothèque, qui ignore que cette créance était déjà éteinte d'une manière quelconque. Mais si nous savons qu'une créance appartient à une personne qui peut se la faire garantir par une hypothèque, on ne peut pas nous faire le reproche, quand nous acquérons un immeuble ou un capital, d'avoir

connu la possibilité pour le tiers d'obtenir une garantie sur l'immeuble. De sorte, le fait pour un créancier de savoir que d'autres ont des titres à l'hypothèque ou peuvent en obtenir une, n'a pas d'importance ; le créancier a le plein droit de les devancer et n'a pas besoin de s'en inquiéter. Enfin, c'est ici que trouve son application complète le principe fondamental : *vigilantibus jura sunt scripta* (Dutkiewicz, *op. cit.*, p. 107). Seulement, si les livres ont une telle force probante à l'égard des tiers, ils ne l'ont plus à l'égard des parties. Pour celles-ci les droits naissent et s'éteignent indépendamment de toute inscription. Une inscription, quoique homologuée par l'autorité hypothécaire, pourra être rectifiée par décision du tribunal, à condition que cette rectification ne porte aucune atteinte aux droits des tiers (Kapuscinski, 174).

Pour que les registres puissent remplir la fonction qui leur est attribuée, la loi ne se borne pas à poser les règles concernant les titres qui peuvent servir de fondement à l'inscription et à l'organisation des registres. Elle exige qu'aucune inscription ne soit prise avant que la rédaction de la mention soit homologuée par l'autorité hypothécaire.

Il existe deux sortes de chancelleries d'hypothèques ayant à leur tête une autorité hypothécaire distincte.

Les bureaux d'hypothèques de la première catégorie, dites chancelleries de gouvernement (1), sont attachés

(1) Le gouvernement est une circonscription administrative correspondant au département français.

aux tribunaux de première instance. L'autorité hypothécaire, à laquelle ces bureaux sont soumis, est composée de juges au tribunal d'arrondissement et du secrétaire : celui-ci a la garde des archives hypothécaires et a voix délibérative dans les assemblées de l'autorité hypothécaire (art. 7 de l'instruction hypothécaire de 1826). Il joue un rôle très important. Le secrétaire prend part aux séances de l'autorité hypothécaire, rédige les procès-verbaux de l'immatriculation des immeubles, reçoit les demandes des intéressés en vue de prendre une inscription et garantit les effets d'une décision de l'autorité hypothécaire par des prénotations. Aussi la loi ne confie-t-elle cette fonction qu'à des personnes ayant reçu une instruction juridique dans une école d'enseignement supérieur ou à une personne s'étant formée à la pratique juridique dans l'exercice de ces fonctions (art. 202 de la loi sur l'organisation judiciaire).

La seconde catégorie de bureaux d'hypothèques comprend la chancellerie de cercle (ouyezd) (1) ; l'autorité hypothécaire est composée du juge de paix, du secrétaire, du notaire ou d'un avocat juré ou d'un candidat aux fonctions judiciaires. Cette dualité d'organisation n'existait pas dans la loi de 1848 : celle-ci ne connaissait que des chancelleries près les tribunaux d'arrondissement (art. 162) pour les grands domaines ruraux et les immeubles situés

(1) Le « ouyezd » est une subdivision administrative du gouvernement.

dans les villes où était le siège d'un tribunal d'arrondissement. Pour ces immeubles l'organisation des registres était obligatoire.

La loi de 1825 sur les privilèges et hypothèques étendit les dispositions de la loi de 1818 aux immeubles de moindre importance, mais pour ceux-ci elle déclara l'organisation des registres facultative et créa pour eux l'hypothèque de cercle. Nous ne trouvons dans les lois aucune indication qui nous permette de distinguer ces deux sortes d'immeubles, aussi laisse-t-on aux propriétaires, pour l'immatriculation de leurs immeubles, la liberté du choix. Toutefois, ils auront parfois intérêt à établir leurs registres à la chancellerie de gouvernement, la Société du Crédit foncier ne consentant de prêts que sur les immeubles immatriculés dans cette chancellerie. Mais pour ceux qui n'usent pas de cette faculté, l'immatriculation à la chancellerie de cercle a l'avantage d'être plus économique.

Quel est le rôle de l'autorité hypothécaire ? Remarquons tout de suite qu'elle n'a pas compétence pour trancher les litiges qui naissent à l'occasion d'un acte qu'on veut inscrire. Son rôle consiste à exercer un contrôle sur les actes à inscrire au point de vue de leur légalité.

1) Elle doit veiller à ce que l'acte qu'on lui présente ne méconnaisse pas les droits des tiers qui ont acquis le caractère réel par l'inscription sur l'indicateur hypothécaire et non des droits, qui restent à l'état du personnel, s'ils ne figurent que sur le livre de conventions,

L'article 20 parle à ce propos, il est vrai, des registres en général, mais on s'accorde à n'entendre ici cette expression que dans un sens très restreint. Tel est l'avis de M. Liebiedintseff (*Lois hypothécaires*, p. 53), de M. Dutkiewicz (*op. cit.*, p. 114), de M. Goube (*De l'institution hypothécaire en Pologne*, p. 155), et de M. Jozefowicz (*Règles sur les hypothèques*, p. 48.)

Pour donner l'exemple d'un droit que l'autorité hypothécaire doit protéger en refusant l'homologation de l'acte, citons le droit de rachat stipulé au profit d'un précédent vendeur.

2) L'autorité hypothécaire doit veiller à ce que l'inscription ne confère pas plus de droits que ceux qui résultent de la convention, par exemple, lorsque la rédaction de l'inscription porte un taux d'intérêt supérieur à celui qui a été fixé par la convention.

3) Elle doit veiller à ce que la convention puisse atteindre le but que les parties ont eu en vue. Elle devra donc refuser d'homologuer une convention contraire à l'ordre public. Ainsi l'oukaze impérial du 14 mars 1887 défend aux étrangers d'acquérir la propriété, l'usufruit ou le bail des immeubles situés dans la zone frontière de la Russie, excepté les immeubles situés dans les villes et les ports. La seule exception est admise en faveur des héritiers de nationalité étrangère, domiciliés en Russie avant la promulgation de l'oukaze, appelés à une succession comme descendants en ligne directe ou comme époux du défunt. Cet oukaze a une importance considérable pour

la Pologne : il régit les 10 gouvernements qui la composent. Un acte, conférant des droits sur un immeuble dans l'hypothèse prévue par l'oukaze, ne sera pas homologué.

4) Un acte ne pourra pas être confirmé, lorsque les conditions de validité auxquelles il est soumis n'ont pas été observées. Ainsi l'homologation sera refusée, lorsque l'acte de vente ne contient pas l'indication du prix.

5) Enfin, l'autorité hypothécaire refusera l'acte qui ne répond pas à la double condition de la spécialité de l'hypothèque (art. 120 de la loi hyp. et art. 66 de l'instruction de 1819).

Une fois l'homologation obtenue, elle rend l'inscription opposable aux tiers, mais non pas dès la prise de l'inscription définitive pour tous les droits indistinctement.

1) On peut acquérir le droit de propriété de l'immeuble dès que l'inscription du droit de l'auteur de l'acquéreur a été effectuée : l'acquisition offrira une pleine sécurité.

2) L'hypothèque conventionnelle pourra être attaquée pendant un délai de six semaines à partir de l'inscription.

3) L'hypothèque légale et judiciaire de même pourra être infirmée même à l'égard des tiers pendant trois mois à partir de la notification de la décision de l'autorité hypothécaire accordant l'inscription (1).

On peut trouver que les délais établis par la loi pour rendre ces inscriptions inattaquables sont un peu longs, surtout avec l'intervention préalable de tout un collège

(1) Nous reviendrons sur ce point en parlant des hypothèques.

hypothécaire chargé d'examiner la validité de l'acte. La loi sacrifie ici peut-être trop le crédit public aux intérêts d'un particulier auquel elle veut assurer la possibilité de contester la validité de l'inscription.

Les décisions de l'autorité hypothécaire sont susceptibles d'appel. Lorsqu'il est interjeté par la partie qui a demandé l'homologation, le délai d'appel court du moment où la décision de l'autorité hypothécaire a été rendue, et il est un moyen facile de prendre connaissance de cette décision : d'une part, la décision du prince gouverneur du 22 janvier 1822 veut que l'autorité hypothécaire se prononce dans un délai de dix jours à partir de l'inscription du titre sur le livre de conventions, d'autre part, les affiches placées dans le tableau de la chancellerie indiquent les jours des séances et les affaires qui seront expédiées.

Lorsqu'il s'agit de l'hypothèque légale ou judiciaire qui peut être inscrite à l'insu même du débiteur, le délai ne court que du jour de la notification de la décision de l'autorité hypothécaire au débiteur sur qui cette inscription a été prise (art. 2 de la disposition de 1822 précitée).

Tel est, dans ses grandes lignes, le mécanisme que la loi a créé pour organiser la publicité. Remarquons, pour terminer notre étude sur l'organisation des registres, que ces registres constituent seuls des actes authentiques (art. 24). Les extraits délivrés par le secrétaire ne sont que de simples copies. Il est défendu de les céder ou de les engager. La cession, même suivie d'une notification au

débiteur, est nulle, puisque en cette matière l'article 1690 du Code civil est inapplicable.

La publicité étant organisée dans l'intérêt des tiers, toute personne devrait avoir le droit de demander des renseignements; c'était là la pensée de l'auteur de la loi qui voulait permettre à toute personne de consulter les registres.

Mais la majorité de la diète n'a pas admis cette solution dans la crainte de voir apparaître une catégorie des gens qui, poussant trop loin leur curiosité, pourraient nuire au crédit des personnes intéressées et troubleraient la paix des citoyens. Les conditions dans lesquelles les registres peuvent être consultés sont posées par l'article 28 ainsi conçu : « Tous propriétaires d'immeubles ou titulaires d'un droit sur l'immeuble et ceux qui ont été autorisés par les personnes ci-dessus mentionnées, peuvent, en tout temps, consulter le livre afférent à l'immeuble. Les autres personnes peuvent être autorisées par le secrétaire, ou en cas de refus de celui-ci, par le président du Tribunal d'arrondissement, à la condition de prouver au président ou secrétaire qu'elles ont besoin de puiser des renseignements dans ce livre. Ce qui est dit de la consultation des registres s'applique également aux demandes d'extraits. »

DEUXIÈME PARTIE

Droits auxquels le principe de publicité s'applique

CHAPITRE I

LE DROIT DE PROPRIÉTÉ

Théoriquement, on conçoit deux modes de transmission de la propriété. Le premier est le système romain, dans lequel le « nudum pactum » est impuissant à transférer la propriété. Le principe, tout au moins en droit, n'a pas cessé d'exister même dans les derniers siècles du Bas-Empire, puisque Justinien formule encore la règle : *traditionibus et usucapionibus, non nudis pactis dominia rerum transferuntur*. Il faut une tradition. Le même principe était adopté par la législation de l'ancienne Pologne. La tradition de l'immeuble se faisait à l'aide de « l'intromissio ». Cet acte consistait en ce que l'huissier (wozny) introduisait

le nouveau propriétaire dans son fonds en lui indiquant les limites de sa propriété et en portant ce fait à la connaissance des voisins. C'eût été déjà une publicité assez sérieuse dans un temps où les relations d'affaires n'étaient pas aussi complexes qu'aujourd'hui. La législation polonaise ne s'était pourtant pas bornée à cela. Elle établit un complément de publicité très efficace par l'adjonction du procès-verbal de l' « *intromissio* » aux actes du tribunal compétent.

Le même principe, en vertu duquel le consentement à lui seul n'est pas un « *modus acquirendi dominii* », mais un simple titre à l'acquisition « *titulus acquirendi dominii* », se retrouve dans les deux législations qui régirent postérieurement la Pologne. Le droit prussien et le droit autrichien exigeaient tous deux l'inscription sur les registres, et, c'est cette inscription qui conférait le droit de disposer de l'immeuble.

Le Code Napoléon se place à un point de vue tout opposé au premier et consacre le second système de transfert de la propriété. « L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes », dispose l'article 1138 et le Code applique expressément ce principe dans le cas pratiquement très important de la vente (art. 1583). D'autre part, le Code dispose que « le vendeur ne transmet à l'acquéreur que la propriété et les droits qu'il avait lui-même sur la chose vendue » (art. 2182). Le principe du Code Napoléon est très logique et possède l'attrait de « *l'elegantia juris* », mais il n'est

pas sans porter une atteinte grave à la sécurité du crédit. Un acquéreur de bonne foi, qui traite avec un individu se disant propriétaire, qui a fait tout son possible pour vérifier cette affirmation, peut néanmoins, dans le système du Code, être évincé par un tiers à qui l'immeuble avait été antérieurement aliéné. Ce n'est que dans le cas d'une donation (cas pratiquement moins important que la vente), que le Code subordonna la possibilité d'opposer la donation à la transcription du titre.

La loi hypothécaire polonaise, pour parer à ses inconvénients, revint au système primitif. Le principe fondamental de cette matière se trouve dans l'article 5 de la loi : « Le droit de disposer de la propriété de l'immeuble s'acquiert par l'inscription sur les registres hypothécaires. » Cet article est tiré de l'article 55 du titre II de l'ordonnance hypothécaire prussienne ainsi conçu : « Celui au nom duquel le titre de propriété est inscrit sur le livre hypothécaire, acquiert par la même le droit de disposer de l'immeuble. » Il s'en suit que la loi, tout en reconnaissant à la convention la force légale, réduit ses effets à ceux d'une simple créance (Sénat, Cass., 10/1890).

L'inscription fait acquérir le droit de propriété. C'est après cette inscription seulement qu'on peut traiter avec le propriétaire en toute sécurité. Autre conséquence : seul, le propriétaire inscrit pourra contester les inscriptions prises sur son immeuble.

Occupons-nous de quelques hypothèses particulières. Quel sera l'effet de l'inscription lorsqu'un immeuble fait

l'objet d'une institution contractuelle (1) ? La solution de cette question est déterminée par les effets de l'institution. Jusqu'à sa mort, l'instituant n'est pas dépouillé du droit d'aliéner l'immeuble à titre onéreux, mais il ne peut plus en disposer à titre gratuit (art. 1083 C. civ.). Par conséquent, l'héritier institué aura le droit de demander qu'on inscrive la restriction apportée au droit du propriétaire. Faute de cela, un donataire pourrait acquérir valablement l'immeuble. Quant à l'acquéreur de l'immeuble à titre onéreux, il pourra demander la radiation de la mention restrictive, puisqu'elle est devenue sans objet après l'aliénation.

Pour les donations entre époux, il faut faire une distinction suivant que les donations sont contenues dans le contrat de mariage ou faites pendant le mariage. Pour les premières il est hors de doute qu'elles doivent être inscrites, puisque leur effet est définitif. Mais que décider pour les donations faites pendant le mariage, qui sont essentiellement révocables. A première vue on n'aperçoit pas l'utilité de cette inscription. Une révocation de la part de l'époux donateur, malgré l'inscription de la donation, rejaillit contre les tiers conformément à la maxime : *resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis*. Et cela a paru

(1) La question si discutée de savoir si l'institution contractuelle est une donation à cause de mort ou une donation entre vifs n'a pas d'importance au point de vue de la nécessité de l'inscription puisque, nous le verrons plus loin, les mutations par décès n'échappent pas à cette règle dans le régime hypothécaire de 1818.

tellement convaincant que M. Dutkiewicz est allé jusqu'à dire que la donation faite par l'un des époux à l'autre ne transfère pas au donataire le droit de propriété sur la chose donnée ». L'auteur en conclut que « une semblable donation n'est pas soumise à l'inscription sur les livres hypothécaires, puisque le donateur peut à tout moment révoquer la donation par une déclaration expresse ou indirectement par une aliénation » (Droit hypothécaire polonais, p. 72). Pourtant, l'inscription n'est pas dénuée de toute utilité, comme le prétend l'auteur cité. Elle aurait pour effet de soustraire l'immeuble donné aux hypothèques légales et judiciaires qui pourront grever les biens du donateur. Affirmer que le donateur ne cesse pas d'être propriétaire, c'est faire une pétition de principe.

Que décider au sujet d'un immeuble acquis à titre gratuit, qui, par suite de l'ouverture de la succession du donateur, se trouve soumis à réduction ou au rapport? Nous savons que dans ces hypothèses, lorsque l'immeuble se trouve encore dans le patrimoine du donataire, les hypothèques et autres droits réels tombent. En outre, en cas de réduction, la loi autorise les réservataires à agir contre le tiers qui a acquis l'immeuble du donataire », discussion préalablement faite de ces biens » (art. 930 C. civ.). Comment concilier les dispositions du Code avec l'article 5 de la loi hypothécaire qui veut que l'inscription du titre d'acquisition confère le droit de disposer de l'immeuble? Ne faudrait-il pas tout au moins mentionner le danger qui, le cas échéant, pourrait atteindre les tiers? Nullement.

Les registres annoncent aux tiers que l'immeuble sur lequel ils veulent acquérir un droit appartient au propriétaire en vertu d'un acte à titre gratuit. Ils sont obligés de connaître les causes qui peuvent amener la résolution d'un tel titre. S'ils ne les connaissent pas, ils sont en faute et doivent en supporter les conséquences.

Étant donné la grande importance de l'inscription, il nous est facile de comprendre pourquoi la loi a entouré de tant de précautions les actes qui la précèdent. Néanmoins des erreurs se produisent et il n'est pas impossible de voir inscrit comme propriétaire celui qui ne l'est pas en réalité. Pour comprendre la possibilité d'une telle hypothèse, on n'a qu'à supposer un héritier qui se fait inscrire en l'absence d'un héritier plus proche que lui pendant la procédure successorale.

Il faut régler la situation du propriétaire véritable, mais non inscrit, soit à l'égard du propriétaire inscrit, soit à l'égard d'un ayant cause de celui-ci.

D'après l'article 1599 du Code Napoléon, la vente de la chose d'autrui est nulle. Il s'en suit que l'ayant cause du *non dominus* de bonne foi qui possède un juste titre, ne deviendra pas propriétaire, même si son titre est transcrit.

Le seul moyen d'acquérir la propriété sera pour lui la prescription acquisitive de 10 à 20 ans. Le Code ne laisse pas, il est vrai, cet acquéreur sans ressource. D'après l'article 1626 « quoique, lors de la vente, il n'ait été fait aucune stipulation sur la garantie, le vendeur est obligé de droit à garantir à l'acquéreur de l'éviction qu'il

souffre... » L'acquéreur *a non domino* aura dans ce cas le droit de demander la restitution du prix, des fruits, les frais des procès, les dommages-intérêts et loyaux coûts du contrat (art. 1630, C. civ.). Mais cette ressource n'est pas suffisante. Premièrement elle ne permet pas à l'acquéreur d'atteindre le but qu'il se proposait. Il se peut qu'il tienne beaucoup à l'acquisition dont il est dépouillé. D'autre part, le recours que la loi lui ouvre sera inutile lorsque le vendeur est insolvable.

La loi de 1818 a mieux su protéger le crédit en rendant l'acquisition du tiers de bonne foi inattaquable. La loi, en effet, invite les tiers à accorder pleine confiance aux registres. Il eût été illogique de demander cette confiance, et d'annuler, en même temps, un titre constitué sur la foi du registre. Dans l'intérêt du crédit, il a fallu protéger le tiers qui traite avec celui dont le titre jouit d'une sorte de recommandation officielle.

Lorsque l'immeuble n'est pas sorti du patrimoine du propriétaire inscrit, le propriétaire véritable pourra exercer une action en revendication. En effet, l'inscription ne peut rien ajouter aux droits du prétendu propriétaire. Mais, dès que l'immeuble est aliéné par l'inscription, le véritable propriétaire est réduit à une action personnelle contre le propriétaire inscrit pour obtenir la réparation du dommage éprouvé (art. 32).

Nous avons dit que le tiers est à l'abri de toute éviction lorsqu'il est de bonne foi. Pourtant il y a une exception à cette règle. Le législateur, en s'écartant du principe du

Code, en vertu duquel nul ne peut transférer à autrui plus de droit qu'il n'en a lui-même, s'est placé à un point de vue d'ordre économique très sérieux. Il a voulu consolider le crédit public, en procurant toute sécurité à celui qui acquiert un immeuble par un acte à titre onéreux ou prête sur hypothèque. Cette considération fait défaut lorsqu'il s'agit d'un donataire qui n'a rien fourni en échange du droit acquis. L'article 34, il est vrai, ne fait pas cette réserve relativement au donataire, puisqu'il dit que « celui qui contracte avec un tel propriétaire est à l'abri de toute poursuite. » Cela pourrait comprendre aussi bien le donataire. Mais l'opinion dominante refuse d'accorder cette protection au tiers donataire. En effet, le recours exercé par le véritable propriétaire lui fera seulement manquer un gain, tandis que le refus de ce recours fera éprouver une perte au véritable propriétaire. Cette considération, fondée sur l'équité, n'est pas la seule. Nous savons, que lorsqu'il s'agit d'un point douteux de la loi hypothécaire, il est d'une bonne méthode d'interprétation de recourir aux indications de la législation hypothécaire prussienne, guide du législateur de 1818. Or le droit prussien n'accordait sa protection qu'aux tiers qui, se fondant sur les registres, ont acquis leurs droits *titulo oneroso, durch einen laestigen Vertrag*.

Lorsque l'acquéreur est de mauvaise foi, la règle posée par le Code Napoléon reprend son empire et la revendication du propriétaire véritable est admise (art. 33). La mauvaise foi de l'acquéreur peut provenir d'abord de ce

qu'il a consulté le registre et s'est rendu compte du degré de solidité du droit de son auteur. L'article 34 parle, en effet, du « droit douteux » qui résulte du registre. Mais que décider du cas où l'acquéreur a acquis la connaissance, en dehors du registre, que son auteur n'est pas propriétaire, lorsque le titre d'acquisition de celui-ci est faux, par exemple ?

Le Sénat a jugé (A 103 1900) que le propriétaire véritable peut méconnaître l'aliénation faite par le propriétaire inscrit et aliéner l'immeuble à son tour, à condition que l'aliénation soit faite par acte notarié.

Lorsqu'une personne qui achète un immeuble, connaît l'existence d'une aliénation antérieure de cet immeuble, mais non encore inscrite, pourra-t-elle méconnaître cette aliénation, si elle a pu légitimement supposer que l'acte manque à une condition de la loi et ne sera pas homologué par l'autorité hypothécaire ? La jurisprudence décide que cette question est jugée souverainement dans chaque espèce par le jugé de fait (Sénat, 59/1900).

A condition d'agir de bonne foi, le tiers n'a qu'à tenir pour vrai ce qui résulte du registre. Aussi la loi fait-elle au profit de la publicité le sacrifice de quelques règles importantes du Code civil. « Quiconque, en transférant la propriété d'un immeuble consentira l'inscription de l'acquéreur comme propriétaire sans restriction, ne pourra former aucune demande en résolution de vente pour cause de lésion (art. 1674), ni aucune autre de nature à modifier, à restreindre ou grever le droit de propriété,

contre un tiers qui aurait acquis l'immeuble du propriétaire inscrit » (art. 37). La loi abroge ici virtuellement la règle ; *resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis*.

L'article 1654 du Code Napoléon accorde au vendeur le droit de demander la résolution de la vente pour cause de non-paiement du prix. Dans le régime hypothécaire polonais, il faut que le non-paiement du prix ressorte d'une mention faite sur le registre. Le vendeur qui veut se réserver ce droit à l'égard des tiers, doit prendre soin de demander l'inscription à cet effet ; en l'absence de celle-ci le tiers peut légitimement supposer que le prix de l'immeuble a été payé. L'article 37 naturellement ne concerne que les tiers. Dans les rapports entre le vendeur et l'acheteur, tant que l'immeuble n'est pas aliéné par celui-ci, l'article 1654 aussi bien que l'article 1674 s'appliqueront, et le vendeur pourra même rendre son droit opposable aux acquéreurs futurs par une protestation.

Jusqu'ici nous avons supposé que l'aliénation était volontaire et nous avons déterminé les situations respectives du propriétaire véritable, du propriétaire inscrit et de son ayant cause. Quelle sera la situation de l'acquéreur d'un immeuble dans une vente publique ? Supposons une vente sur saisie. L'adjudicataire de l'immeuble sera-t-il à l'abri de toute éviction, lorsque l'immeuble qu'il a acquis dans cette vente aura été aliéné auparavant par le propriétaire inscrit ? Quel est le système que la loi organise pour concilier les intérêts en présence ? Le titre de celui

qui a acquis l'immeuble à l'amiable du propriétaire saisi pourra-t-il être inscrit?

Une distinction est nécessaire : D'après l'article 1557 du Code de procédure civile le créancier saisissant peut demander que la notification de la saisie soit rendue publique par une mention sur le registre. Cette mention aura le même effet que toute protestation (art. 1588 C. proc. civ.) (1). Elle avertira les tiers de l'existence du danger qui menace son titre d'acquisition. Mais lorsque la notification de la saisie n'a pas été inscrite, le tiers n'a qu'à consulter les registres. On ne peut lui demander davantage. A condition d'agir de bonne foi, son titre sera valable. S'il se hâte d'inscrire son titre, son droit sera préférable à celui de l'adjudicataire. La loi n'a pourtant pas omis d'établir une sanction contre le débiteur qui aliène son immeuble après la saisie : tout en maintenant l'aliénation, elle le frappe de la peine de l'abus de confiance et le rend civilement responsable envers qui de droit du dommage causé (art. 1097 C. proc. civ.).

(1) Pour les immeubles qui n'ont pas de registres organisés, la mention de la saisie est remplacée par un mode de publicité moins efficace : la saisie est notifiée au tribunal compétent (art. 1559 C. pr. civ.).

CHAPITRE II

LES RESTRICTIONS DU DROIT DE PROPRIÉTÉ

Pour que l'indicateur hypothécaire, qui dans la pensée de l'auteur de la loi est un tableau fidèle de la situation juridique de l'immeuble, remplisse efficacement sa mission, il faut que la personne qui traite avec un propriétaire soit non seulement sûre d'avoir affaire au propriétaire véritable, mais encore connaisse toutes les charges qui grèvent l'immeuble.

L'article 43 de la loi hypothécaire qui s'occupe de ces charges, les définit : « Toutes limitations imposées au propriétaire quant au droit de disposer de son bien. » Occupons-nous d'abord des servitudes. Nous rencontrons en Pologne russe les mêmes servitudes que celles qui résultent du Code Napoléon, mais la liste en a été augmentée soit par des textes ne s'appliquant qu'à la Pologne (décision du Comité administratif du royaume de Pologne du 7 avril 1843 et décret du prince gouverneur du 12 avril 1822), soit par des textes s'appliquant à toute la Russie (servitudes relatives aux chemins de fer de la Russie, art. 453 de la loi sur les chemins de fer russes).

Pour les servitudes naturelles et légales il n'y a pas de publicité. Elles doivent être connues de tout le monde. En ce qui concerne les autres servitudes, la loi parle spécialement de la servitude d'affouage et de pacage qui existaient au moment de sa promulgation, comme devant être nécessairement inscrites (art. 45). Cette préoccupation spéciale de soumettre à la publicité ces servitudes parmi tant d'autres existant au moment de la promulgation de la loi s'explique ainsi : le législateur a trouvé que ces servitudes étaient, de toutes, les plus onéreuses. La même préoccupation réapparaît encore une fois, puisque la matière de ces deux servitudes a été reprise par la loi du 28 juin 1830. Cette loi de 1830 nous intéresse sur un point. Elle semble dispenser de l'obligation de l'inscription celles des servitudes existantes qui répondent aux conditions de l'article 691, alinéa 2 du Code Napoléon ainsi conçu : « La possession même immémoriale ne suffit pas pour les établir, sans cependant qu'on puisse attaquer aujourd'hui les servitudes de cette nature déjà acquises par la possession dans les pays où elles pouvaient s'acquérir de cette manière. » La question qui se pose est donc de savoir si la Pologne est un des pays où les servitudes pouvaient s'acquérir de cette manière. Il faut répondre négativement à cette question. Dans l'ancienne Pologne toutes les servitudes ne pouvaient s'acquérir que par l'inscription. Cela résulte du statut de Mazovie : « Si quis in bona et hæreditatem suam induxerit

et per inscriptionem authenticam firmaverit aliqua onera vicino suo,... ex tunc successor ejus sine naturali successionis, sive jure novo et adquisito, tenetur ad illa onera omnia sustinenda et adimplenda... » (*De oneribus antecessorum*). Les charges imposées à l'immeuble devaient donc être inscrites dans l'ancienne Pologne, et nous savons que depuis la loi de 1588 l'inscription devait être homologuée par le tribunal. Quant aux servitudes qui ont pu naître sous le régime des lois prussiennes et autrichiennes, admettant ce mode d'acquisition des servitudes, le délai accordé pour la prescription a été insuffisant pour les faire naître en Pologne. Ainsi la réserve faite par la loi de 1830 est sans objet.

En ce qui concerne les servitudes qui ont été établies après la promulgation de la loi de 1818, aucune n'échappe au principe de publicité (art. 45). Mais une exception est admise pour les servitudes apparentes et continues, qui reçoivent une publicité, pour ainsi dire, matérielle, lorsqu'elles s'établissent par voie de prescription acquisitive. Cette manière de voir est confirmée par une disposition du Landrecht prussien qui ici, comme sur beaucoup d'autres points, a servi de modèle au législateur de 1818. Le § 16 du titre XXII dispense cette sorte de servitudes de la nécessité de l'inscription. La jurisprudence admet l'exception à la règle générale de la publicité pour les servitudes mentionnées (Kapuscinski, 534). Cette exception mise à part, toutes les servitudes établies aujourd'hui doivent être inscrites. Elles sont inscrites dans la troisième

partie de l'indicateur du fonds servant et dans la première partie de l'indicateur du fonds dominant.

Parmi les droits qui restreignent la propriété de l'immeuble et dont l'existence intéresse les tiers, il faut citer l'usufruit.

L'usufruit légal, à la suite des modifications apportées au Code Napoléon, se présente dans les cas suivants : 1° usufruit du mari sur les biens de sa femme dans le régime matrimonial qui résulte de l'absence du contrat de mariage (art. 192 du C. civ. de 1825) (1), 2° celui des parents sur les biens de leurs enfants jusqu'à la majorité ou l'émancipation (art. 341 du C. civ. de 1825), 3° celui de l'époux survivant, lorsqu'il concourt avec des enfants et égal à une part d'enfant (art. 232), 4° usufruit prévu par l'article 754 du Code Napoléon.

Ne sont pourtant soumis à la publicité que l'usufruit des deux dernières catégories et l'usufruit qui résulte des contrats et des testaments. La publicité des deux premières résulte de ce que l'indicateur hypothécaire avertit les intéressés que le propriétaire de l'immeuble est une femme mariée ou un mineur. Lorsque le contrat de mariage n'est pas rendu public par l'inscription sur les registres, les époux sont réputés d'être mariés sous le régime légal. Les intéressés doivent en tirer les conséquences.

(1) Le livre I du Code Napoléon a été refondu en 1825. Il était alors question de refondre tout le Code. Ceci explique pourquoi on appelle le livre I Code civil de 1825. Nous nous conformons à l'usage général.

Nous nous occuperons maintenant de la façon dont doivent être rendus publics le bail emphytéotique et le bail perpétuel, ces deux droits étant très voisins l'un de l'autre (1). L'article 43 exige la publicité du bail perpétuel, mais ne parle pas du bail emphytéotique. Mais l'article 43 qui donne la liste des droits qui sont soumis à la publicité, ne contient pas une énumération limitative. Pour voir comment la publicité s'applique à ces droits, il faut analyser leur nature juridique. Ces droits dérivent du Landrecht prussien, autrefois en vigueur, qui distinguait deux institutions : 1° le bail perpétuel à cens (Erbzinsgut) et 2° le bail perpétuel héréditaire (Erbpacht). Les droits dérivant pour le preneur de la première catégorie se trouvent déterminés dans le § 681, titre XVIII du Landrecht : « En principe, le possesseur du domaine a la pleine propriété grevée seulement par le paiement du cens. » La convention constituant le droit de la deuxième catégorie est définie dans le § 487, titre XXI : « Une convention par laquelle on acquiert le droit absolu d'user d'une chose appartenant à autrui moyennant une redevance. » Ici le droit du preneur est aussi très étendu, puisqu'il peut

(1) On peut se faire une idée de l'importance de ces droits dans la seconde moitié du XIX^e siècle par le grand nombre des textes qui les ont réglementés; par exemple les décisions du Comité constituant de 1869 et 1870 sur le rachat des domaines concédés par les fisc, les communes et les particuliers. L'article 530 du Code fut aboli par la loi du 1^{er} juin 1825. Il a été rétabli en 1866. En 1887, la législation marque un nouveau recul : le rachat des domaines concédés par la ville de Varsovie fut, pour des raisons fiscales, arrêté.

aliéner l'immeuble, sans être tenu au paiement du *laudemium*, comme le doit le bénéficiaire de la première institution juridique. Seulement, ici il y a une plus grande facilité pour le bailleur de retirer la concession au preneur en cas de non-paiement de la redevance. Aussi, la différence entre les deux institutions était-elle bien subtile dans le droit prussien. La jurisprudence a totalement confondu les deux institutions. Elle considère le titulaire de ces droits comme un propriétaire du domaine (Kapuscinski, 364, 369). D'où nous devons conclure que ce droit doit être inscrit à la rubrique II de l'indicateur, destiné aux mutations du droit de propriété. Toutefois le Sénat a admis (Kapuscinski, 173) que, lorsque le bail perpétuel ne porte que sur une partie du fonds, le droit du preneur est opposable aux tiers en l'absence de toute publicité. Cette décision porte une atteinte au crédit public, puisque le bailleur peut, par des baux successifs, épuiser une grande partie ou même la totalité de la valeur de l'immeuble.

Parmi les charges qui peuvent restreindre le droit du propriétaire, soumises à la publicité en vertu de la disposition expresse de l'article 43, se trouve aussi le pacte de réméré.

La loi hypothécaire, tout en reconnaissant au vendeur le droit d'user de la faculté que lui accorde l'article 1639 du Code, prend en considération l'intérêt des tiers qui traiteront avec l'acheteur. La clause de réméré, pour être opposable aux tiers, doit figurer non seulement dans l'acte de vente, mais aussi à la rubrique III de l'indicateur hypo-

thécaire. L'acheteur pourra aliéner et hypothéquer l'immeuble, et les tiers seront avertis de la fragilité de leur droit. Le vendeur, en exerçant son droit, reprendra l'immeuble libre de toute charge du chef de l'acheteur, à la seule condition de payer le prix convenu.

Quant au droit de résolution de la vente pour cause de non-paiement du prix, ce droit, maintenu en tant qu'il s'agit du rapport du vendeur avec l'acheteur, est abrogé en ce qui concerne les tiers, lorsqu'il n'est pas rendu public. Ce droit de reprendre l'immeuble doit être exprimé de façon à ne laisser aucun doute sur l'intention des parties. En effet, le vendeur peut se contenter de garantir le prix par une hypothèque : dans ce cas, il ne pourra pas obtenir la propriété de l'immeuble, à moins qu'il ne se porte adjudicataire à la suite de la saisie.

La loi s'est occupée aussi du droit de préférence d'achat (art. 43). Lorsque cette clause du contrat figure sur le registre, la liberté de disposer de l'immeuble n'existe que pour les actes à titre gratuit. Lorsque le propriétaire veut aliéner l'immeuble à titre onéreux, il doit faire à celui qui a stipulé le droit de préférence d'achat une offre de prendre l'immeuble pour le prix proposé par l'acheteur : mention en doit être faite sur le registre. Après l'expiration du délai convenu, resté sans effet, l'acheteur peut en toute sécurité acquérir l'immeuble. Mentionnons enfin, comme soumis à l'obligation de l'inscription, en vertu de la loi même (art. 43), le droit d'antichrèse dont l'importance pratique n'est pas bien grande, surtout avec la modification que lui

apporte la loi hypothécaire. Tandis que le Code crée pour l'antichrésiste un droit de rétention qui équivaut à un privilège, dans le système de la loi de 1818, les créanciers hypothécaires qui font opérer une saisie peuvent dépouiller l'antichrésiste de son droit lorsque le prix d'adjudication ne suffit pas pour satisfaire sa créance.

La liste de droits soumis à la publicité que nous trouvons dans l'article 43 n'est pas complète. Lorsqu'un immeuble est déclaré dotal, l'inaliénabilité doit résulter des registres (art. 218 du C. civ. de 1825). De même, la publicité est exigée lorsque les époux ont stipulé dans leur contrat de mariage la communauté de biens, puisque l'effet de ce régime dans le droit polonais sur les pouvoirs de disposition des biens dépendant de la communauté intéresse les tiers à un très haut degré. Ces effets sont indiqués dans l'article 228 du Code de 1825, ainsi conçu : « Durant la vie des deux époux, la convention de communauté n'a d'autre effet que d'interdire à chacun d'eux d'aliéner ou de grever, sans l'autorisation de l'autre, la moitié de ses propres immeubles ou de ses propres capitaux hypothéqués qui font partie de la communauté. »

Devra aussi être inscrite toute substitution permise par l'article 1048 et 1049 du Code civil.

L'article 43 exige l'inscription du droit d'antichrèse, dont l'importance, comme moyen de crédit, n'est pas grande dans le droit moderne; mais la loi hypothécaire a passé sous silence un droit très important, le bail temporaire, dont on fait des applications multiples tous les

jours. Il est donc très important de savoir si ce droit doit être rendu public pour être opposable aux tiers. Sous l'empire du Code seul, cette question n'a pu faire naître aucune difficulté, en présence de l'article 1743 dont la disposition est claire. La loi hypothécaire pose, d'une part, le principe qu'un droit ne devient opposable aux tiers que par l'inscription, d'autre part, dans l'énumération des droits soumis à la publicité, elle passe sous silence le bail temporaire. Aussi une grosse difficulté est-elle née, à la solution de laquelle s'attache un grand intérêt pratique. Le silence de la loi hypothécaire a ainsi donné lieu à une controverse qui divise les auteurs et la jurisprudence.

M. Dutkiewicz, dont les idées sont si profondes et cohérentes, nous surprend sur ce point : il place le bail au numéro 6 de la liste des droits soumis à la publicité (p. 222), tandis qu'à la page suivante il soutient que le droit au bail est un droit réel qui, comme tel, est opposable à l'acquéreur de l'immeuble, pourvu que le bail ait acquis date certaine. Il est impossible que M. Dutkiewicz ait eu deux opinions opposées sur la même question. Nous croyons devoir lui attribuer la seconde, puisque celle-ci a été développée avec des arguments à l'appui, tandis que la première peut n'être que le résultat d'un simple *lapsus calami*. Pour M. Dutkiewicz, le bail temporaire n'est pas sujet à l'inscription, premièrement parce que c'est un droit réel, opposable comme tel aux tiers; en second lieu, parce que ce droit ne figure pas dans la

liste de l'article 43 ; enfin, parce que le bail n'est pas susceptible d'hypothèque (argument de l'art. 2204 du C. N.).

Le premier argument est faible. L'auteur déplace la question en disant que le droit au bail est un droit réel. Le droit au bail, s'il est opposable aux tiers dans le système du Code, s'explique par une nécessité pratique qui sous-entend la stipulation qu'on faisait autrefois à Rome expressément et non pas parce qu'il est un droit réel. Il s'agit justement de savoir si cette stipulation peut encore être sous-entendue dans le régime hypothécaire de la Pologne.

L'argument tiré de ce fait que le bail ne figure pas dans la liste de l'article 43 ne porte pas, puisque cet article fait précéder la liste des droits sujets à inscription des mots « tels que », ce qui démontre que la liste de cet article n'est pas limitative. Enfin, l'argument d'après lequel le droit au bail n'est pas susceptible d'hypothèque est aussi facile à refuter. Les servitudes doivent être inscrites sur le registre et pourtant elles ne peuvent pas faire l'objet d'une hypothèque (à l'état distinct). De même la rubrique III de l'indicateur reçoit des mentions relatives à la faillite, etc. ; ce n'est donc pas sur le dernier argument qu'on peut s'appuyer pour refuser au bail l'inscription obligatoire.

Nous trouvons chez les autres auteurs des idées des plus diverses. M. Jezioranski (*Lois hypothécaires*, p. 177, 178), tout en reconnaissant au bail le caractère de droit personnel, exige l'inscription lorsque le bail excède la

durée de vingt-quatre ans, en se fondant sur la décision du Comité des affaires du royaume de Pologne du 17 mars 1874 : cette décision déclare que les baux qui excèdent vingt-quatre ans ne sont pas opposables aux tiers. M. Jozefowicz prétend que le bail doit être rendu public lorsque le loyer a été payé par anticipation pour une durée excédant un an, en se fondant sur l'article 49 de la décision du prince-gouverneur du 2 septembre 1823 (*Lois sur les hypothèques*, p. 126 et suiv.). Ainsi un bail, même de longue durée, sera opposable aux tiers, lorsque le loyer n'a pas été payé d'avance pour plus d'un an.

M. le prince Wolkonski, enfin, n'exige pas la publicité pour le bail, tout en reconnaissant l'utilité de l'inscription qui peut être homologuée par l'autorité hypothécaire.

La jurisprudence se prononce contre la nécessité de l'inscription. Telle fut déjà la solution donnée par l'ancien ix^e département du sénat, solution qui résulte aussi de l'arrêt 75- 1879 du sénat dirigeant. L'argumentation de cette jurisprudence réside dans ce postulat que les articles 43 et 44 sont limitatifs. C'est une erreur manifeste qui s'aperçoit à la simple lecture du texte. Pour le sénat, à défaut d'une disposition expresse, l'article 1743 du Code régit notre hypothèse.

Nous croyons vraie l'opinion de M. Liebigintseff (*Lois hypothécaires de 1818 et 1825*, p. 180 et suiv.). L'auteur montre pourquoi le législateur de 1818 ne s'est pas expli-

qué sur ce point. Dans le projet primitif il y avait 3 articles (art. 68, 69 et 70), tous trois tirés du Landrecht prussien : titre XX, § 431, 478, 479 et 478 ; cette origine était indiquée dans le projet. D'après ces dispositions, le preneur qui avait, au préjudice des créanciers hypothécaires, payé au bailleur le loyer pour plus d'un terme, pouvait être contraint à payer une seconde fois. Mais dans la rédaction définitive, nous ne trouvons que l'article 67 ainsi conçu : « Quoique le propriétaire qui administre son bien immobilier, ait la liberté de disposer d'avance des revenus par anticipation, néanmoins cette administration ne peut pas restreindre les mesures d'exécution judiciaires, tant en ce qui concerne le capital que les intérêts. » Pourquoi cette différence entre les deux textes ? M. Liebiedintseff l'explique de la façon suivante : En Pologne, les institutions juridiques étant peu développées, on se référait souvent aux institutions de la Prusse voisine et l'auteur cite l'exemple suivant de cette pratique : une constitution de 1763, qui réglemente le bail perpétuel porte la disposition : *jus emphyteusis*, tel qu'il est décrit dans la loi, s'appliquera à toutes les parties de la République » (*Vol. legum*, t. VII, p. 599). Or le « *jus emphyteusis* » n'a été décrit dans aucun texte législatif polonais ; il ne l'a été que dans les lois prussiennes. Ceci explique pourquoi le législateur ne s'est pas prononcé sur un point qui lui paraissait définitivement acquis. « Ainsi, dit M. Liebiedintseff, nous avons devant nous la volonté réelle du législateur, contenue dans le projet de l'article 67 et dans ses sources. Si le rédacteur

de la loi a protégé les droits des créanciers hypothécaires sur les revenus futurs de l'immeuble hypothéqué avec un tel zèle qu'il a été jusqu'à déclarer que le paiement anticipé pour un délai excédant 3 mois ne pourrait pas nuire aux créanciers hypothécaires, comment a-t-il pu être question de ne pas rendre obligatoire l'inscription du bail temporaire...? Cela admis, il reste à déterminer pour quel bail l'inscription est nécessaire. En se fondant sur une décision du prince gouverneur de 1823, l'auteur admet que ce sera pour le bail excédant un an. Cette solution résulte de l'article 49 de la décision précitée, qui est ainsi conçue : « ... tout créancier hypothécaire au profit duquel la saisie-arrêt a été opérée, peut demander que le tiers-saisi soit condamné à payer encore une fois, lorsque le loyer a été payé par anticipation pour plus d'une année au préjudice des intérêts dus pour les sommes antérieures à la conclusion du contrat de louage, suivant le registre hypothécaire. » Il s'en suit que le bailleur peut, conformément à l'article 67 de la loi hypothécaire, disposer des revenus de son immeuble. Mais la libre administration du bailleur est restreinte, lorsque l'immeuble est grevé d'hypothèques. Si telle est la situation du locataire en présence des créanciers hypothécaires antérieurement inscrits, il en est autrement à l'égard des créanciers hypothécaires postérieurs en date. Le locataire, dont le bail excède une année, pourra rendre son droit opposable à ces créanciers. Mais comment le fera-t-il ? En faisant inscrire son droit au bail, puisque tous les droits qui concernent l'immeuble doivent être inscrits sur les registres.

CHAPITRE III

LES PRIVILÈGES

« On entend par privilèges sur les immeubles les droits qui, sans être inscrits sur les registres hypothécaires, sont préférés à tous les autres droits inscrits sur ces mêmes registres » (art. 49).

C'est ici que nous rencontrons pour la première fois une grande catégorie de charges grevant les immeubles et non soumis à la règle de publicité. Mais cette dérogation à l'esprit de la loi s'explique par des motifs très sérieux.

C'est d'abord la contribution foncière due à l'État, ensuite les sommes dues aux communes, gouvernements et établissements publics, lorsque ces sommes sont perçues sur l'immeuble (art. 41, al. 1 et 2).

« Si on ne déclarait pas privilégiés les impôts et charges publiques, les débiteurs seuls en profiteraient, tandis que les autres habitants du pays subiraient un préjudice.

Du moment que ces paiements sont d'une pratique courante, tout le monde peut les connaître et se renseigner à l'effet de savoir s'ils ont été effectués » (Godlewski,

Recueil des travaux préparatoires, p. 117). C'est le motif indiqué qui fit admettre l'exception ; aussi, la jurisprudence refuse-t-elle d'en étendre l'application dès que l'intérêt de l'État est hors de cause. Un jugement a déclaré que celui qui, après le paiement de l'impôt foncier pour le compte du débiteur, se trouve subrogé au droit du Trésor, ne conserve pas le privilège (Kapuscinski, 691).

Outre l'impôt foncier dû à l'État, sera privilégiée la taxe additionnelle perçue au profit des villes qui, en principe, est 25 % de l'impôt principal (*Recueil des lois et des décisions du Gouvernement*, 1902, 109). Les communes rurales sont privilégiées pour les sommes destinées à assurer le traitement de leurs fonctionnaires et à couvrir les frais de bureaux de l'administration. Enfin les gouvernements perçoivent une taxe pour assurer le transport et la nourriture des détenus et une taxe pour l'entretien des routes de première classe.

Cette taxe est de 15 % de la contribution foncière, en principe. Si l'on peut se passer de la publicité, lorsqu'il s'agit de contributions générales grevant tous les immeubles d'un pays, d'un gouvernement ou d'une commune, il n'en est plus de même lorsqu'une charge ne grève que tel immeuble déterminé. Aussi, pour ces immeubles, le principe de publicité ne souffrira aucune atteinte (art. 41).

Sont dispensés, en second lieu, de l'inscription, les sommes dues à la société d'assurance contre l'incendie (art. 41, al. 2).

C'est par le même caractère de généralité que ce privilège s'explique. On peut dire que la prime d'assurance est aujourd'hui une charge nécessaire des immeubles. C'est tellement vrai que la loi astreint certains immeubles à l'assurance obligatoire (*Recueil des lois et des décisions du Gouvernement*, 4 juillet 1900, 74). Ce privilège est accordé à la société, même lorsque l'assurance n'est pas obligatoire, pour le paiement de l'arriéré de l'année courante et de deux années échues.

Enfin, le même article accorde un privilège aux ouvriers travaillant sur le fonds pour le salaire d'une année. Ici, c'est l'idée de protection qui intervient, protection accordée aux gens qui ont contribué à la richesse d'un domaine.

Les sommes qui leur sont dues sont généralement modiques; il serait déraisonnable de demander une inscription. D'ailleurs, le législateur a été très discret en ce qui concerne ce privilège car il l'a entouré de diverses réserves : il faut que les personnes qui en jouissent soient attachées au service du domaine et non à la personne du propriétaire et que ces personnes y soient encore au moment de la réalisation de l'immeuble. Les ouvriers et les domestiques, qui ne répondent pas à ces conditions, n'ont pas un rang aussi favorable. Ils ne priment que les créanciers chirographaires (art. 9, al. 4, T. de 1825). Ils ont un privilège général qui, en droit polonais, comme en droit romain, se réduit à un *privilegium inter personales actiones*.

La jurisprudence elle-même applique un système

d'interprétation stricte, lorsqu'il s'agit de déterminer quelles sont les personnes qui peuvent jouir du privilège spécial sur l'immeuble. Ainsi, elle a refusé le privilège au gérant d'un domaine, parce que la loi n'a admis de dérogation à ses principes qu'en faveur des travailleurs de condition inférieure (Kapuscinski, 610).

Tous les privilèges ci-dessus mentionnés s'exercent proportionnellement. Ils passent avant les hypothèques et ne sont primés eux-mêmes que dans un cas : lorsque le privilège général sur tous les biens du débiteur n'est pas suffisant pour couvrir les frais funéraires (L. de 1825, art. 9).

Nous voyons ainsi que l'atteinte au principe de publicité n'est pas après tout bien grande, surtout lorsqu'on considère que le législateur a soumis aux règles du droit commun les privilèges résultant de l'article 2103 du Code civil.

En effet, dans un régime hypothécaire où toutes les hypothèques légales sont sujettes à inscription et ne prennent rang qu'à la date de leur inscription (nous verrons ce point au chapitre consacré aux hypothèques), les privilèges de l'article 2103 perdent leur raison d'être. Les personnes intéressées peuvent stipuler une hypothèque conventionnelle qui les protégera suffisamment puisqu'elle primera toutes les hypothèques postérieurement inscrites.

CHAPITRE IV

LES HYPOTHÈQUES

Il ne suffirait pas que la personne qui traite avec le propriétaire d'un immeuble ou le titulaire d'un droit susceptible d'hypothèque fût certaine que son auteur possède un titre inattaquable, ni qu'elle connaît toutes les restrictions apportées au droit de l'auteur. Il est une catégorie de droits particulièrement fréquente, l'hypothèque qui est devenue le moyen de crédit réel par excellence. Un acquéreur qui doit avoir tous les éléments d'évaluation de l'immeuble, une personne qui veut acquérir une hypothèque, sont intéressés à avoir un moyen de vérifier si tel droit est grevé d'hypothèque, ainsi que le montant de la somme que cette hypothèque garantit. Aussi, n'est-il pas étonnant que la loi hypothécaire fasse une application de plus en plus rigoureuse de la publicité. La définition de l'hypothèque que nous relevons dans l'article 47 est caractéristique de la tendance de la loi : « L'hypothèque est un droit réel sur les immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation inscrite. » Cet article n'est qu'une reproduction textuelle de l'article 2114 du Code. Mais le législateur a

complété la définition du Code, d'un mot, en faisant entrer dans cette définition le caractère de publicité. Il s'en suit qu'une hypothèque non inscrite n'est pas une hypothèque. Le débiteur est bien lié envers le créancier ; le créancier pourtant n'a qu'une créance chirographaire et un titre à l'hypothèque. Ce titre n'aura son efficacité que si le créancier se hâte d'agir et prend l'inscription, mais il sera sans valeur lorsque le créancier se laissera devancer par une autre personne plus diligente que lui : c'est du reste l'application du principe fondamental que les registres seulement font foi à l'égard des tiers.

Telle est la règle générale. Mais il faut déterminer aussi le moment à partir duquel l'inscription sera réputée faite. En effet, les formalités de l'inscription comprennent deux phases. Dans la première phase, l'acte lui-même, lorsqu'il est passé dans la chancellerie non compétente, ou le procès-verbal du titre délivré par la chancellerie non compétente sera inscrit sur le livre de conventions. Dans la seconde phase, séparée de la première par la vérification des titres et la décision de l'autorité hypothécaire, une inscription définitive sera prise sur le registre. Est-ce de la date de la première ou de la seconde inscription que l'hypothèque prendra rang ? Le mécanisme de ces deux inscriptions est justement créé pour que le créancier ne souffre pas des lenteurs inhérentes aux formalités qui précèdent la décision de l'autorité hypothécaire. Le secrétaire, en inscrivant l'acte sur le livre de conventions, fera une mention correspondante dans une colonne spéciale de

la quatrième rubrique de l'indicateur hypothécaire. Cette prénotation préviendra utilement les tiers de l'hypothèque éventuelle, qui peut être la suite d'une décision favorable de l'autorité hypothécaire.

Avant de voir comment les différentes catégories d'hypothèques que la loi reconnaît se présentent devant le principe de publicité, il nous semble utile d'indiquer quels sont les droits qui peuvent faire l'objet de l'hypothèque, puisque, dans le régime de la loi polonaise, la liste n'en est pas tout-à-fait la même que celle qu'on trouve dans le Code.

Il faut citer en premier lieu le droit de propriété portant sur les immeubles. La loi hypothécaire renvoie pour la détermination de ce qui est immeuble au livre II, titre I, chapitre 1 du Code. Nous devons apporter un léger correctif à la formule de la loi (art. 52), d'après laquelle ne pouvait faire l'objet d'une hypothèque qu'un immeuble appartenant à un particulier. Cela n'est pas exact. Si les biens du domaine public, tels que les routes, fleuves, rues et les immeubles affectés à l'usage d'un établissement public, tels qu'églises, hôpitaux, ne peuvent pas être hypothéqués, il n'en est plus de même lorsqu'il s'agit du domaine privé de l'État ou d'une commune, les forêts ou maisons par exemple. Toutefois une restriction est apportée à la possibilité de les hypothéquer ; il faut en ce qui les concerne, un décret impérial d'autorisation.

D'ailleurs, tous les immeubles appartenant aux parti-

culiers ne peuvent pas être hypothéqués, par exemple les immeubles inaliénables. Nous relevons parmi ces biens les majorats très nombreux en Pologne, surtout après les événements de 1863. D'après l'estimation de M. Anoutchine, l'ensemble des domaines que le Gouvernement concéda, pour créer une classe forte de propriétaires fonciers d'origine russe, s'élève à 370.000 diessiattines (1). Cette étendue de terrain fut répartie entre 350 titulaires (Reincke, *Essai de législation de la Pologne*, p. 50). Les majorats, en vertu d'une loi de 1906, sont exceptionnellement aliénables au profit des paysans ne possédant pas suffisamment de terre de culture, par l'intermédiaire de la Banque paysanne. Les majorats ont, comme tous les autres domaines, des registres destinés à constater les mutations par décès, ainsi que les charges établies lors de la concession.

La seconde catégorie de droits pouvant faire objet d'hypothèque comprend les droits constitués sur l'immeuble (art. 52, al. 2).

Tandis que le Code ne nomme, comme étant susceptible d'hypothèque, que le droit de propriété et l'usufruit, en Pologne russe, l'hypothèque sera valablement constituée sur un bail perpétuel ou emphytéotique. La jurisprudence française admettait de tout temps, il est vrai, la possibilité d'hypothéquer le bail emphytéotique. En Pologne, cette possibilité résulte du texte large de la loi

(1) Une diessiattine est un peu plus grande que l'hectare.

et de la jurisprudence qui assimile le bail perpétuel à une aliénation.

Mentionnons ensuite les capitaux hypothéqués. Ainsi, l'hypothèque de l'hypothèque, est valable à condition bien entendu que le capital puisse être aliéné. De même, pourrait faire l'objet d'une hypothèque le droit d'achat et le droit de préférence d'achat qui confèrent à leur titulaire un droit de propriété conditionnel.

Après avoir indiqué l'objet de l'hypothèque, voyons maintenant quelles sont les conditions nécessaires pour que l'inscription soit valable, en commençant par l'hypothèque conventionnelle.

§ 1. — HYPOTHÈQUE CONVENTIONNELLE

En premier lieu, l'immeuble hypothéqué doit être spécialement désigné dans l'acte constitutif d'hypothèque. Cette exigence, qui est inévitable dans un bon régime de publicité, est expressément énoncée dans l'article 115 de la loi. Il s'en suit qu'une hypothèque ne satisfaisant pas au principe de la spécialité, consentie sur tous les immeubles en général appartenant au débiteur, est nulle. Comment, en effet, organiser une publicité efficace, surtout avec un système où les registres sont tenus par noms de domaines et non par noms de propriétaires ? On ne saurait où il faudrait opérer l'inscription. Toutefois, le propriétaire peut hypothéquer tous ses immeubles, à la

condition d'indiquer, dans l'acte constitutif, la nature de chaque immeuble, c'est-à-dire, s'il est urbain ou rural, le lieu de sa situation et son numéro (même article). Il en est de même en ce qui concerne les biens futurs, mais pour ces biens il convient de distinguer ceux sur lesquels le débiteur a déjà, pour ainsi dire, un demi-droit, droit de propriété sous condition suspensive par exemple, et ceux sur lesquels il n'a qu'un droit purement éventuel, par exemple un immeuble dépendant d'une succession qu'il recueille probablement dans la suite. Dans le premier cas, les registres hypothécaires portent la mention de la condition suspensive, ainsi que les hypothèques qui grèvent le droit conditionnel. Le but de la publicité est donc atteint. Dans le second cas, cette publicité sera impossible. Comment admettre, en effet, qu'une personne fasse prendre des inscriptions sur un immeuble qui ne lui appartient pas et qui peut-être ne lui appartiendra jamais? Si pareille chose était admise, on pourrait voir un immeuble hypothéqué successivement par le vrai propriétaire et par toute une catégorie de personnes qui prétendraient avoir un droit sur cet immeuble dans l'avenir. L'impossibilité d'une inscription n'est pas commandée seulement par des nécessités pratiques, elle découle aussi de cette règle, consacrée par la loi, qui veut que pour hypothéquer un immeuble, on ait le droit d'en disposer (art. 112). Par là se trouve exclue également la possibilité d'hypothéquer les biens futurs en cas d'insuffisance des immeubles présents. On a supprimé ainsi le système français qui, d'après

la remarque de M. Planiol, peut se résumer ainsi : « article 1^{er}, l'hypothèque des biens à venir est défendue; article 2, elle est permise toutes les fois que le créancier en a besoin » (*Traité*, t. II, p. 865).

La règle, d'après laquelle on ne peut pas hypothéquer un immeuble dont on n'a pas réellement la propriété, n'a pas son principe dans celle du droit français. On pourrait pourtant le croire à la simple lecture de l'article 115 qui exige, pour la validité de l'hypothèque, que celle-ci soit constituée sur un immeuble « appartenant réellement au débiteur. » Il ne faudrait pas cependant comprendre cette expression dans le sens de l'article 2129 du Code civil d'où l'article 115 a été tiré.

Pour faire triompher le principe de publicité, on doit admettre qu'il arrivera quelquefois qu'une hypothèque soit constituée par une personne qui n'est pas en réalité propriétaire de l'immeuble. Mais, dans l'esprit de la loi hypothécaire, cette personne sera traitée comme si elle avait un véritable droit. Il faut donc comprendre l'expression « appartenant réellement » dans le sens de la loi hypothécaire et non dans celui du Code. Ce principe est expressément formulé par l'article 53 : « Les droits inscrits sur les registres hypothécaires profitent au créancier inscrit contre le propriétaire reconnu. » Il est le développement de l'article 5, article fondamental en cette matière. Une hypothèque, consentie par un propriétaire, tel que l'indiquent les registres, est, après l'expiration d'un délai de six semaines, définitivement acquise au créancier de bonne

foi. Le recours exercé par le véritable propriétaire contre le propriétaire inscrit, ne peut pas préjudicier au créancier hypothécaire. Le propriétaire véritable qui reprend son bien n'a qu'une action en dommages-intérêts contre le propriétaire inscrit par suite du préjudice subi (art. 54).

La publicité exige, en outre, que l'inscription indique la cause et le montant de la créance garantie (art. 47). L'utilité de cette mention est évidente. Elle profite aux tiers et au débiteur lui-même qui ne pourrait pas emprunter, s'il ne fournissait pas aux créanciers des renseignements précis sur la situation de l'immeuble. Cela ne veut pas dire que le montant de la créance devra être exactement déterminé au moment de l'inscription. Il est, en effet, des opérations juridiques dont le résultat final ne peut pas être calculé d'avance, tel le contrat de compte courant dont le solde s'établit seulement après une période plus ou moins longue. Il faudra donc, pour donner une garantie aux créanciers inscrits sur l'immeuble qui pourraient craindre que le crédit du compte courant ne grossît démesurément, inscrire le maximum de la créance garantie. Comment fonctionnera la publicité lorsqu'il s'agit d'hypothéquer un droit dont le titre est conditionnel ?

Pour le cas où il s'agit d'une condition suspensive ou résolutoire, la réponse est simple. Le droit suspendu par une condition sera rendu public par une inscription sur le registre de l'immeuble en question. Il pourra être hypothéqué par le propriétaire dont le droit est suspendu par une condition, et les créanciers seront suffisamment

informés du danger qui les menace en cas de non-réalisation de la condition. Il en est de même lorsqu'il s'agit d'un bien dont le titre de propriété est résoluble, puisque l'inscription du titre du propriétaire avertit les tiers de la fragilité des hypothèques qu'ils acquièrent. La propriété de l'immeuble peut être résolue par suite de l'exercice par le vendeur de son droit résultant du pacte de réméré. Le droit de rachat sera rendu public par l'inscription dans la troisième partie de l'indicateur, destinée à recevoir toutes les restrictions apportées au droit du propriétaire. Ce droit de rachat, aussitôt rendu public, peut faire l'objet d'une hypothèque. Le jour où le délai pendant lequel le droit de rachat a pu être exercé expiré, le sort des hypothèques dépend du parti que le titulaire de ce droit a pris. S'il a usé du droit de rachat, les hypothèques par lui consenties subsisteront, tandis que les hypothèques consenties par le propriétaire, dont le titre est résolu, tombent. Si le titulaire du droit de rachat laisse expirer le délai sans exercer son droit, l'effet inverse se produit.

Supposons maintenant que le titre constitutif d'hypothèque lui-même est résoluble; l'hypothèque est révocable par exemple. Lorsque la révocabilité résulte du titre qui l'a établie, la publicité ne souffrira aucune atteinte : ou bien les causes de révocation résultent du registre et doivent être connues des tiers, ou bien, elles ne sont pas mentionnées et les tiers n'en ont pas à tenir compte. Mais voilà une hypothèque révoquée de plein droit, pour cause de survenance d'enfant par exemple. Dans ce cas il résulte

de l'article 963 du Code Napoléon que « les biens compris dans la donation révoquée en plein droit, rentreront dans le patrimoine du donateur, libres de toutes charges et hypothèques du chef donataire... » Ce principe reste entier même sous le régime hypothécaire nouveau. Une publicité spéciale est impossible. Aussi celui qui traite avec le créancier hypothécaire, acquéreur de l'hypothèque à titre gratuit, tel un créancier hypothécaire en second ordre, doit se montrer très circonspect. Il n'est pas dénué de tout moyen de connaître la solidité du droit qu'on lui confère. En consultant les registres, il peut voir que le droit de son auteur résulte d'une libéralité. C'est à lui d'en examiner toutes les conséquences.

Comme la révocation pour survenance d'enfant s'opère de plein droit, on s'était demandé si l'autorité hypothécaire doit ordonner la radiation de l'hypothèque, dès que le donateur apporte la preuve de la naissance d'un enfant. Il faut répondre à cette question par la négative. Pour que l'autorité hypothécaire puisse ordonner la radiation, il lui faut avoir la certitude que le donateur n'avait pas d'enfant au moment de la donation, ce qui est une des conditions de la révocation. Or, à défaut de cette certitude, la radiation ne pourra être opérée qu'à la suite d'un jugement du tribunal qui l'autorise.

Il pourra se faire que le droit du donataire dépende d'un pur caprice du donateur. C'est l'hypothèse d'une hypothèque constituée par un époux au profit de l'autre, à titre gratuit. Cette hypothèque sera essentiellement

révocable, comme toutes les donations entre époux. Un tribunal a trouvé cela si contraire à la sécurité du crédit et à la bonne organisation des registres, qu'il a refusé d'autoriser l'inscription d'une telle donation. Le tribunal s'est fondé sur l'incompatibilité de l'article 1096 du Code Napoléon avec l'article 34 de la loi hypothécaire qui veut, que celui qui contracte avec une personne inscrite comme propriétaire sur le registre, soit à l'abri de toute réclamation. Cette décision a été cassée avec raison (Sénat, N° 73, 1879). Les considérants de l'arrêt s'appuient sur l'analogie qui existe entre la situation du créancier hypothécaire d'un donataire, dont le titre est sujet à résolution pour cause de survenance d'enfant, et la situation du créancier hypothécaire de l'époux donataire. Or, personne ne doute que dans le premier cas l'inscription de la donation ne soit nécessaire. L'époux donataire, dont le titre est si fragile, n'en est pas moins un propriétaire qui peut conférer des droits à des tiers et par conséquent des hypothèques.

Les nécessités du crédit sont ici sauvegardées. Dès qu'une personne veut consentir un prêt hypothécaire à l'époux donataire, les termes « donation », « libéralité », qu'elle trouve sur le registre, doivent la rendre prudente.

L'inscription aura encore une autre utilité. Une fois opérée, elle empêche la saisie des créanciers du donateur. Ce n'est pas tout. Les droits réels qui peuvent s'établir sur le droit aliéné sans la volonté du donateur (les hypo-

thèques judiciaires), ne pourront plus s'exercer à partir du moment de l'inscription.

L'hypothèque, une fois inscrite, produit son plein effet à l'égard du débiteur, mais il faut pour cela que le contrat en vertu duquel elle est née, soit valable. Or, il peut se faire que le propriétaire de l'immeuble ait une action à exercer pour contester la validité de la créance que l'hypothèque inscrite devait garantir. Le fondement de cette action sera l'incapacité ou le vice du consentement.

Nous avons à déterminer quel sera l'effet de l'exercice de l'action en nullité par la personne qui, d'après les registres, est réputée débitrice. Ici, une distinction s'impose : en ce qui concerne les parties, la loi hypothécaire n'apporte aucune modification à la législation préexistante. Le seul fait que l'acte conférant l'hypothèque a été inscrit, précédé de l'homologation de l'autorité hypothécaire, n'a aucun effet pour elles. L'homologation et l'inscription n'ajoutent rien à la validité que l'acte avait par lui-même. En effet, lorsque la loi attache force probante aux registres, en consacrant le principe de la légalité des inscriptions, elle ne le fait que dans la mesure où cela est nécessaire pour la consolidation du crédit. Cette idée est clairement énoncée dans l'article 21 *in fine* : « La seule certification de l'autorité hypothécaire, constatant que l'acte n'est pas entaché d'un défaut, autrement dit homologation, servant seulement de garantie de la foi publique à l'égard des tiers, ne confère pas à l'acte plus de force dans les rapports des parties. » Le droit commun subsiste

en ce qui les concerne. L'action en nullité pourra donc être exercée pendant dix ans conformément à l'article 1304 du Code civil. Mais il faut que la créance hypothécaire ne soit ni cédée ni hypothéquée, puisque l'intérêt des tiers est en jeu ; ceux-ci ont besoin d'une protection.

A partir de quel moment le cessionnaire d'une créance hypothécaire ou un créancier qui se fait consentir sur elle une hypothèque, sera-t-il à l'abri de toute action ? Est-ce à partir du moment de l'inscription de son acte d'acquisition ? On pourrait s'y attendre, lorsqu'on songe que la force probante des registres est si grande en ce qui concerne le droit de propriété. D'autre part, la loi polonaise ne connaît pas les bons hypothécaires (Pfandbriefe), qui ont été créés par la législation prussienne et qui sont un moyen efficace de mobilisation du sol, grâce à la facilité avec laquelle ces titres circulent. La loi hypothécaire, ne les ayant pas admis, dans le désir de concentrer tous les renseignements relatifs à l'immeuble sur les registres, il y aurait une grande utilité à donner une force probante immédiate à l'inscription, à l'égard du cessionnaire. La loi ne l'a pas fait. Dans le désir de prolonger le délai pendant lequel le débiteur peut se défendre, elle consacre un système transactionnel. A l'égard des tiers, le délai pendant lequel l'acte peut être attaqué, est naturellement plus court que celui établi à l'égard du créancier. Il est de six semaines (art. 62). Ce délai est, croyons-nous, excessif. Le Landrecht, qui, sans doute a inspiré le législateur polonais sur ce point (puisqu'il contient une disposition ana-

logue dans le 20^e chapitre de sa I^{re} partie), n'accordait au débiteur, pour attaquer la validité de l'acte, qu'un délai de quatre semaines. La loi hypothécaire prussienne du 5 mai 1872 est allée encore plus loin dans cette voie, puisqu'elle accorde la force probante à l'inscription d'une hypothèque, dès que celle-ci a été opérée. Cette solution, au point de vue des nécessités du crédit, nous semble la meilleure. Quant à la solution de la loi polonaise, elle est incohérente. Pourquoi, en effet, admettre la force probante immédiate quand il s'agit de l'inscription du titre d'acquisition d'un immeuble et la refuser quand il s'agit de l'inscription de l'hypothèque?

Quoi qu'il en soit, la situation que la loi fait aux tiers est très claire. Pendant les six semaines qui suivent l'inscription de l'hypothèque conventionnelle, le cessionnaire de l'hypothèque n'a qu'un titre précaire. Encore que rien ne l'avertisse de l'intention du débiteur de contester la validité de la créance, son acquisition n'est pas à l'abri d'une réclamation. D'où cette conclusion pratique : il vaut mieux s'abstenir d'acquérir par voie de cession, une créance hypothécaire avant l'expiration des six semaines qui suivent l'inscription. Le législateur a cru utile de le dire : « Celui qui désire acquérir un droit garanti par une hypothèque ou obtenir une garantie portant sur ce droit, doit attendre l'expiration du délai de six semaines sus-indiqué, et peut alors seulement traiter avec le créancier en toute sécurité, s'il ne trouve aucun avertissement sur les registres hypothécaires » (art. 63). Par conséquent, la

loi ouvre au débiteur encore une ressource, qui lui permettra d'agir contre le tiers, grâce au système ingénieux des protestations. Le débiteur peut, même après l'expiration du délai légal, faire inscrire la protestation. Mais elle n'a de force qu'à l'égard de ceux qui acquerront un droit sur l'hypothèque après cette inscription (art. 62). Cela suppose que la créance ou une partie de la créance n'a pas encore été cédée ou hypothéquée.

Nous avons supposé que la créance hypothécaire peut être attaquée pour cause d'un vice de consentement ou d'incapacité. Ce n'est pas le seul cas où l'exception du débiteur est opposable aux tiers pendant les six semaines qui suivent l'inscription de l'hypothèque. L'article 64 prévoit l'hypothèse du prêteur d'argent malhonnête qui se fait consentir une hypothèque, la fait inscrire et refuse ensuite de verser à l'emprunteur la somme promise. La loi vient au secours de ce débiteur, en établissant en sa faveur une présomption légale : le débiteur, étant dans l'impossibilité de prouver la non-numération des deniers, la loi déplace le fardeau de la preuve. Il peut pendant les six semaines qui suivent l'inscription, contester la réception de la somme empruntée, même à l'égard des tiers. C'est au créancier hypothécaire qui veut maintenir l'hypothèque de prouver le versement des deniers. Toutefois, il a été jugé (Kapusinski, 658) que le débiteur ne pourra pas demander à l'autorité hypothécaire l'inscription de la protestation. Il doit s'adresser au tribunal, qui constate si le débiteur se trouve dans les conditions établies par la loi

pour que la présomption *non numeratæ pecuniæ* soit admise.

La présomption dont nous parlons n'existe plus lorsque l'acte constitutif du prêt hypothécaire porte l'attestation du notaire que l'argent prêté a été payé au débiteur en sa présence. Bien plus, c'est une présomption en sens inverse que la loi établit pour ce cas (art. 64). Comme d'après cet article « l'emprunteur, auquel l'argent a été remis, ne peut opposer qu'il n'a pas reçu la somme versée », nous sommes ici en présence d'une présomption légale irréfragable, sur le fondement de laquelle la loi dénie l'action en justice (art. 1352 C. civ.)

On voit par là l'intérêt qu'a le tiers à savoir s'il existe une quittance notariée constatant le versement de la somme prêtée. Celui qui acquiert une créance hypothécaire avant l'expiration du délai de six semaines pourra consulter le registre foncier sur ce point.

Nous avons vu que dans les hypothèses précédentes, lorsque la créance est affectée d'une nullité initiale, la force probante des registres n'est pas immédiate ; mais, si telle est la solution dans les cas sus indiqués, elle n'est pourtant pas générale. Le principe de publicité et de légalité des inscriptions reprend son empire au cas de cession d'hypothèque, lorsque la créance qu'elle garantit est éteinte. Le cessionnaire de bonne foi, qui acquiert l'hypothèque, est à l'abri de toute action du débiteur qui n'a pas pris soin de rendre publique l'extinction de sa créance. La loi (art. 65) ne parle à cet égard que de

l'extinction par voie de compensation, mais il faut généraliser cette solution, en l'étendant aux autres modes d'extinction des créances. Ici, se manifeste la différence fondamentale entre la notion de l'hypothèque dans le Code Napoléon et la notion de l'hypothèque dans la législation de la Pologne, par suite de l'adoption d'un régime hypothécaire basé sur une publicité complète. Tandis que d'après l'article 2180 du Code civil, les hypothèques s'éteignent par l'extinction de l'obligation principale, en Pologne l'hypothèque ne garde son caractère d'accessoire de la créance qu'en ce qui concerne les parties. A l'égard des tiers, l'hypothèque existe à l'état d'un droit réel indépendant, tant qu'elle n'est pas anéantie par la radiation sur les registres.

Ajoutons que la publicité, pour recevoir complète satisfaction, doit s'appliquer non seulement au cas de cession d'hypothèque, mais aussi en ce qui concerne le rang hypothécaire. Ainsi, lorsque le créancier qui occupe le premier rang cède sa place au créancier qui vient après lui, une mention doit être faite dans la colonne de cessions de la quatrième rubrique de l'indicateur hypothécaire. A défaut de cette mention, le créancier occupant le premier rang pourrait céder son hypothèque à une autre personne qui primerait le cessionnaire antérieur, conformément à la règle : *prior tempore potior jure*. Une hypothèse plus compliquée peut se présenter lorsque les créanciers dont l'un cède son rang à l'autre ne se suivent pas immédiatement, mais sont séparés par des créanciers intermédiaires.

Il faudrait dans ce cas, pour rendre cette cession opposable aux créanciers intermédiaires, faire une mention énonçant la cession en regard de chaque hypothèque inscrite.

§ 2. — HYPOTHÈQUE LÉGALE

D'après l'article 2135 du Code Napoléon « l'hypothèque légale existe indépendamment de toute inscription. » La loi de 1818 consacre un système tout à fait opposé et elle s'exprime en des termes aussi énergiques que le Code pour souligner le changement qu'elle opère : « Aucune hypothèque ni légale, ni conventionnelle, ni judiciaire n'est exempte de l'obligation d'être inscrite sur les registres. »

Parmi toutes les hypothèques légales, c'est celle de la femme mariée qui a soulevé les plus vives discussions. Il n'est pas contestable que la femme mariée ou les personnes en tutelle ont besoin d'une protection, puisque leur fortune peut être compromise par une gestion maladroite, abusive ou malhonnête. Mais si l'on songe que l'immense majorité des hommes se marie et que beaucoup de personnes subissent les charges de la tutelle, il est peu d'immeubles qui échappent à l'hypothèque légale. Si l'on ne peut contester l'utilité de l'hypothèque légale accordée aux incapables, il serait pourtant dangereux pour le crédit, de la laisser à l'état occulte, ce qu'a fait le Code Napoléon. Les hypothèques légales occultes ont le grave inconvénient de

ne pas permettre d'établir le bilan exact de l'immeuble. La rétroactivité de ces hypothèques peut amener la ruine des créanciers qui ont traité avec le débiteur sur la foi du registre. Les tiers acquéreurs, même lorsqu'ils connaissent l'existence de l'hypothèque légale, ne sont pas renseignés sur son étendue. Le seul remède applicable dans tous les cas, est la purge, mais cette institution que le Code met à la disposition des intéressés, entraîne des frais considérables.

« Si l'intérêt des incapables est respectable, l'intérêt général mérite aussi d'être pris en considération. On s'est tellement habitué, au cours du xix^e siècle, à la sécurité qu'introduit dans les affaires le régime de la publicité, qu'on s'irrite de rencontrer encore des droits occultes aussi dangereux que les reprises de la femme ou les comptes de tutelle. La difficulté est de concilier tous les intérêts en présence. Elle n'est peut-être pas insoluble » (Planiol, *Traité*, t. II, p. 927). L'exemple de la Pologne démontre qu'il en est ainsi. Le législateur a bien compris que, pour accorder la protection aux incapables et pour ne pas ruiner en même temps le crédit du mari et du tuteur, l'hypothèque générale et occulte n'est pas une panacée. Ce n'est pas uniquement du côté de l'hypothèque qu'il convient de chercher la protection, mais aussi du côté d'autres institutions. En ce qui concerne spécialement la femme mariée, l'hypothèque non soumise à la spécialité et à la publicité présente de graves dangers.

« L'hypothèque légale de la femme, par son attribut

même de généralité, présente ce danger que la femme, sollicitée d'intervenir pour sauvegarder le crédit du mari, anéanti par cette lourde charge, est amenée à se prêter trop facilement à toutes les concessions qui constituent, en réalité, autant de diminutions de sa garantie. Elle sait qu'elle ne se dépouille pas définitivement, elle compte toujours sur l'étendue du droit hypothécaire que la loi lui accorde ; aussi elle ne refuse, pour ainsi dire, jamais son intercession dont elle n'est pas à même de mesurer la portée. Si son droit était localisé et déterminé, elle connaîtrait l'exacte proportion dans laquelle elle l'abandonne, elle pourrait se rendre compte du péril que sa complaisance fait encourir à ses intérêts, et, calculant la portée véritable de son sacrifice, elle réfléchirait mieux à ses conséquences avant d'y consentir, et ne s'engagerait qu'à bon escient » (Dufoussat, *De l'hypothèque légale de la femme mariée*, thèse, p. 142).

Ce n'est donc pas une sûreté complète que l'hypothèque générale et occulte confère à la femme. Comme l'a dit M. de Vatimesnil : « Pour la femme mariée en communauté ou en non communauté, l'hypothèque n'est ordinairement qu'une garantie illusoire, car il est rare qu'elle refuse à son mari sa signature. » Aussi voyons-nous des législations où cette garantie fait défaut. Tel est le cas de la législation allemande, dans laquelle la femme mariée est réduite au moyen de protection résultant de l'article 1324 du Code civil qui lui permet de faire valoir les droits qui naissent pour elle à la suite d'une mauvaise gestion de sa fortune.

Le législateur polonais n'a pas cru pouvoir retirer aux

incapables le bénéfice de l'hypothèque légale, mais il a cherché d'autres moyens de protection. Pour que le danger qui menace les incapables soit réduit à son minimum, il faut que les pouvoirs du mari et du tuteur soient tels que les chances d'un abus de leurs pouvoirs se présentent aussi rarement que possible. Aussi voyons-nous dans la loi hypothécaire des dispositions qui établissent le régime dotal, comme régime matrimonial légal, et qui donne une grande sécurité à la femme. Toutefois ce régime ne répondait pas aux habitudes de la grande masse de la population. En 1825 tout le livre I du Code a été refondu. Désormais, c'est le régime sans communauté qui est la base des rapports pécuniaires des époux. Le mari n'a pas sous ses mains une masse de biens dont il peut disposer, comme « seigneur et maître. » Ceci diminue autant la nécessité de l'hypothèque légale occulte. Ce n'est pas tout : lorsque le mari compromet la fortune de sa femme, l'article 199 du Code civil de 1825 lui permet d'exiger la cessation de la jouissance et de l'administration du mari.

La tutelle est de nouveau réglementée en 1825 et les pouvoirs du tuteur strictement délimités. Pour faire triompher le principe de publicité des hypothèques, la loi accorde aux incapables un autre bénéfice en compensation de la réduction de la garantie hypothécaire : la femme mariée et les personnes en tutelle jouissent d'un privilège général. Ce privilège est un « *privilegium inter personales actiones* » et par conséquent prend rang après les hypothèques (art. 9, L. 1825). Ainsi la loi polonaise a-t-elle

cherché de concilier les intérêts des incapables avec les nécessités du crédit. Grâce à ses mesures, elle a pu soumettre les hypothèques des incapables au droit commun.

« Lorsque le mari a contracté une obligation envers sa femme, ou s'il reste entre ses mains une créance appartenant à sa femme, celle-ci aura, tant durant le mariage qu'après sa dissolution, ainsi que ses héritiers, un droit d'hypothèque légale à la charge du mari, laquelle hypothèque n'aura cependant d'effet que du jour de son inscription; de même la femme ou ses héritiers auront un privilège sur tous les créanciers du mari, tant à l'égard des meubles que des immeubles (art. 203, C. civ. de 1825). Le principe analogue est énoncé par l'article 461 en ce qui concerne le tuteur : « Lorsque le gérant de la tutelle est devenu responsable, ou lorsqu'il est créancier du mineur, celui-ci a, pendant sa minorité comme après sa majorité un titre à l'hypothèque légale contre le gérant de la tutelle, laquelle hypothèque n'aura néanmoins d'effet que du jour de son inscription. Le mineur aura également un privilège sur toutes les dettes personnelles et sur tous les biens meubles et immeubles du gérant de la tutelle. » L'article 462 contient une disposition analogue relativement au subrogé tuteur qui, en Pologne russe, subit la charge de l'hypothèque dans les cas où la loi l'oblige à agir.

Ainsi le principe de la publicité se trouve établi pour les hypothèques légales. Elles sont régies par le droit commun. Toutefois la jurisprudence, dans le désir d'ac-

corder à la femme une protection efficace, admet quelques atténuations en sa faveur, qui dérivent de la nature des choses. En effet, lorsque la femme fait inscrire son hypothèque, il est trop rigoureux de demander qu'elle fasse une preuve en règle du droit qu'elle prétend avoir (Kapusinski, 68). Comment demander à la femme qu'elle produise une preuve de sa créance? Si elle se décide à agir, c'est déjà beaucoup de sa part, puisque, en général, la femme subit l'influence de son mari. La protection que la loi veut accorder à la femme se trouverait anéantie, si on lui demandait de faire la preuve. Le Sénat, dans son arrêt 72/1902, a jugé avec raison que l'autorité hypothécaire n'a pas le droit de refuser à la femme de prendre une inscription pour une somme qu'elle a payée aux créanciers de son mari. L'autorité hypothécaire, en refusant son homologation, se fondait sur cette considération que la femme n'ayant pas prouvé l'origine de la somme déboursée, cette somme pouvait appartenir à son mari. Mais cette argumentation prouve que l'autorité hypothécaire a dépassé les limites de sa compétence qui ne va pas jusqu'à lui permettre d'examiner la créance quant au fond. On se contente, en règle générale, d'exiger de la femme la représentation d'un extrait de son acte de mariage pour prouver que le propriétaire de l'immeuble est son mari. De même, il suffit que la personne en tutelle ou celui qui requiert l'inscription en son nom prouve que le propriétaire est ou a été tuteur ou subrogé-tuteur.

Remarquons, que pour l'hypothèque des personnes en

tutelle, l'inscription peut être requise par tous les membres du conseil de famille, l'incapable, ses parents et par le procureur (art. 462 C. civ.). L'hypothèque de la femme ne peut être inscrite qu'à la réquisition de la femme seule, ce qui est une solution moins favorable que celle qui résulte de l'article 2139 du Code Napoléon.

On permet de prendre l'inscription des hypothèques légales sans que la somme garantie soit exactement déterminée (Kapusinski, 83 précité). En effet, lorsque la créance naît d'une gestion maladroite ou abusive, il est impossible de faire immédiatement l'évaluation exacte de la somme due. Aussi se contente-t-on d'exiger une indication approximative du montant de la somme.

La facilité ainsi accordée aux incapables, étant une protection pour eux, crée un danger pour d'autres personnes dont les intérêts ne sont pas négligeables. Ce sont celles dont les biens sont grevés d'hypothèques légales qui, par suite, trouvent difficilement du crédit ; ce sont aussi les créanciers du mari ou du tuteur qui peuvent éprouver un préjudice lorsque, l'hypothèque étant inscrite en fraude de leurs droits, la valeur de l'immeuble est absorbée en totalité ou en partie.

Les créanciers sont suffisamment protégés par le droit commun grâce à l'action Paulienne. Quant au mari et au tuteur, il faut remarquer que l'inscription prise contre eux n'a pas le caractère d'une inscription définitive, mais fait office d'un simple avertissement. Cette idée ressort de nombreuses décisions. « La décision de l'autorité

hypothécaire autorisant l'inscription de l'hypothèque légale n'a pour effet d'attribuer définitivement la somme inscrite, ni même de rendre le propriétaire de l'immeuble responsable de cette somme. Aussi la demande de la femme mariée d'inscrire l'hypothèque légale ne tend pas à obtenir la reconnaissance de sa créance, mais est une simple mesure conservatoire » (Sénat, N° 12, 1903). Le débiteur peut donc contester la validité de l'inscription ou prouver que le montant de la somme inscrite est exagéré. Mais comme d'après l'article 16 de la loi de 1825 les hypothèques légales sont inscrites même à l'insu du débiteur, la loi veut qu'on lui fasse une notification au sujet de cette inscription. Cette notification est faite par le ministère d'un notaire. Mention en est faite sur les registres et cette mention a une grande importance. En effet, c'est à partir de cette inscription que la loi fait courir un délai de trois mois pendant lequel le débiteur peut contester la validité de l'inscription. Toutefois, on admet dans l'opinion dominante que l'expiration de ce délai ne laisse pas le débiteur sans ressource. Jusqu'à l'expiration de ce délai il peut s'adresser à l'autorité hypothécaire et demander la réformation d'une décision sur un point qui était de sa compétence. Ce délai passé, le débiteur peut encore contester la validité de l'inscription, mais en s'adressant au tribunal. Naturellement le débiteur ne pourra intenter son action qu'en la rendant publique par une protestation conformément au droit commun, pour la rendre opposable aux tiers.

Il nous reste relativement à l'hypothèque de la femme mariée à examiner une dernière question. L'article 551 du Code de commerce apporte une restriction considérable aux droits que la femme tient de l'article 2132 du Code civil, lorsque le mari tombe en faillite. L'article 551 du Code de commerce n'a-t-il pas été abrogé par la loi hypothécaire. Il nous semble que non. La loi hypothécaire constitue une règle de droit commun. Elle n'a donc pas pu abroger une règle spéciale comme l'est l'article 551, sans s'être prononcée expressément sur ce point.

Telles sont les règles applicables à l'hypothèque qui garantit les intérêts des incapables. Les incapables ne sont pourtant pas les seules personnes qui jouissent de cette hypothèque en vertu des lois postérieures au Code Napoléon.

« Ce droit appartient aussi au Trésor, aux églises, aux établissements publics, aux communes, à la société d'assurance contre l'incendie relativement aux créances qui naissent de la responsabilité des receveurs et de la responsabilité de tous ceux auquel à un titre quelconque a été ou sera confiée la propriété sociale » (art. 15, l. 1825). Nous avons déjà vu que les personnes morales que nous indique l'article précité jouissent d'un privilège (1). Naturellement ces hypothèques n'existent que par l'inscription. Grâce à l'expression très large de la loi, l'hypothèque légale garan-

(1) Ceci n'est plus vrai pour les églises, leur droit de percevoir les dîmes, dont le montant s'élevait en 1864 à 573.000 roubles, ayant été aboli en 1867.

tira non seulement les sommes dues par les comptables, mais aussi celles dues par un simple preneur à bail d'un bien appartenant au Trésor (Kapuscinski, 133).

Un avis du Conseil d'État, qui a reçu la sanction impériale le 29 mai 1879, accorde à l'État l'hypothèque légale pour la garantie des créances qui, d'après la loi, ont un caractère incontestable.

§ 3. — HYPOTHÈQUE JUDICIAIRE

L'hypothèque judiciaire que nous retrouvons dans la législation de la Pologne russe, est depuis longtemps l'objet de nombreuses critiques; on lui reproche de porter atteinte au crédit.

L'hypothèque, obtenue à la suite d'un jugement par un créancier, force les autres créanciers à agir. L'autre reproche, non moins grave, est que le paiement d'un créancier dépend d'un pur hasard : celui qui se trouve sur le lieu sera payé au détriment des créanciers éloignés. « Ce sont les créanciers les plus âpres ou ceux qui, ayant des rapports plus suivis avec le débiteur, sont portés de connaître toutes les circonstances qui peuvent influer sur la solvabilité de celui-ci, qui s'assurent cette préférence au détriment d'autres créanciers que des motifs louables empêchent d'agir avec rigueur, ou qui, à raison de leur condition personnelle, sont hors d'état de veiller eux-mêmes à la conservation de leurs intérêts..... » (*Documents*

hyp., Faculté de Strasbourg, t. III, p. 286). Ces critiques ont paru sérieuses et diverses législations, comme celles de la Belgique, du canton de Genève ou du Portugal, n'admettent pas l'hypothèque judiciaire. En Belgique particulièrement la loi s'est efforcée de mettre à la place de l'hypothèque judiciaire un système de transcription du commandement de la saisie qui rend l'immeuble indisponible à l'égard du créancier saisissant pendant un délai de 30 jours (L. du 15 août 1854). Toutefois la jurisprudence belge a ressuscité l'hypothèque judiciaire, en l'attachant à ses jugements comme sanction. Aussi, dit M. Planiol, « on n'a encore découvert aucun système qui vaille mieux que l'hypothèque judiciaire, malgré tous ses défauts. » Les auteurs de la loi hypothécaire ont donc bien fait de la conserver, tout en la soumettant, dans l'intérêt du crédit, à une réglementation plus rigoureuse. D'après l'article 2123 du Code civil, l'hypothèque judiciaire résulte « des jugements, soit contradictoires, soit par défaut, définitifs ou provisoires. »

La formule de l'article III de la loi de 1818 n'est pas aussi large. Elle subordonne la possibilité de prendre l'inscription à la question de savoir si le jugement est irrévocable ou non. C'est pour la première catégorie de jugements que l'inscription de l'hypothèque est admise. Par suite, d'après le Code de procédure de 1864, étendu à la Pologne en 1875, l'inscription pourra être prise aussitôt le jugement rendu dans les cas suivants :

- 1) En vertu des sentences du juge de paix ou du juge de

communes rurales, lorsque l'objet du procès ne dépasse pas 30 roubles (art. 1489 C. pr. civ.).

2) En vertu des décisions des assemblées de juges de paix, tribunaux chargés de connaître de l'appel et du pourvoi en cassation des jugements rendus par les juges de paix et les juges de communes rurales. La décision de l'assemblée de juges de paix est immédiatement exécutoire (art. 184 C. pr. civ.). Pour les autres jugements, c'est-à-dire ceux des tribunaux d'arrondissement et des juges de paix en matière non évaluable en argent ou excédant 30 roubles, le délai utile pour l'opposition et l'appel doit être expiré avant qu'on puisse prendre l'inscription.

La loi admet aussi l'hypothèque résultant d'une sentence arbitrale, lorsqu'elle est renforcée par une ordonnance d'exécution (art. 1395 C. pr. civ.), et l'hypothèque résultant des jugements rendus à l'étranger. Elle prévoit le cas où des traités ou lois attacheraient de plein droit cet effet aux jugements étrangers. Un traité de cette nature a été conclu entre la Russie et la France le 11 janvier 1787, mais le Sénat décide qu'aucun traité international n'accorde cette faveur aux jugements étrangers. Le Sénat n'admet comme conférant une hypothèque que les jugements revêtus de l'*exequatur* et seulement dans le cas où une puissance étrangère puisse se prévaloir d'un traité (51/1883). Quant aux lois, aucune jusqu'à présent n'est intervenue pour admettre l'exécution des jugements étrangers de plein droit.

L'idée de la loi hypothécaire est certaine. Elle veut ménager le crédit du débiteur, en ne permettant pas la prise de l'inscription avant que le jugement ait subi une certaine épreuve de solidité. Cela est hors de doute pour l'appel et l'opposition, mais il y a une controverse pour l'inscription de l'hypothèque résultant d'un jugement qui peut faire l'objet d'un pourvoi en cassation.

Dans une première opinion, suivie par la pratique de quelques chancelleries, on dit que la loi, en exigeant du créancier la représentation d'un titre constatant que le jugement peut être exécuté, a voulu protéger la stabilité des relations, et qu'un jugement susceptible d'une voie extraordinaire de recours n'est pas suffisant pour opérer l'inscription. Dans l'opinion opposée on admet la possibilité d'inscrire l'hypothèque bien que le jugement soit susceptible de cassation. Cette dernière opinion est vraie, selon nous, comme étant plus conforme à la nature ordinaire du pourvoi en cassation. D'ailleurs, le débiteur trouve une ressource suffisante pour sauvegarder ses intérêts dans l'article 814 du Code de procédure civile. Cet article lui permet de se faire autoriser par le tribunal à opérer un avertissement qui préviendra utilement les tiers qui traiteront avec le créancier du danger auquel ils s'exposent, l'hypothèque n'étant pas définitivement acquise à leur auteur.

L'hypothèque judiciaire pouvant être inscrite même à l'insu du débiteur, la loi a dû s'occuper de la question de savoir à partir de quel moment l'inscription devient inatta-

quable. Évidemment le débiteur ne peut plus remettre en question le jugement rendu, ce qui serait contraire au principe de l'autorité de la chose jugée. Mais il se peut que l'hypothèque inscrite devienne sans objet, la créance étant éteinte entre le prononcé du jugement et l'inscription par suite d'un paiement ou autrement. La décision du prince-gouverneur du 22 janvier 1822 édicte une règle analogue à celle que nous avons vue pour l'hypothèque légale. L'inscription de l'hypothèque judiciaire doit être notifiée au débiteur (si l'hypothèque est inscrite sur un capital hypothécaire, la notification doit être faite au débiteur et au propriétaire de l'immeuble) et mention en est faite sur les registres.

Un délai de trois mois court à partir de la mention de la notification et ce n'est qu'après l'expiration de ce délai que les tiers pourront traiter en toute sécurité avec le créancier. Ici nous pouvons répéter la critique que nous avons formulée à l'occasion du délai de six semaines que la loi exige pour rendre opposable aux tiers l'hypothèque conventionnelle. L'existence d'un délai aussi long est une entrave inutile à la rapidité des transactions.

Nous avons, relativement à l'hypothèque judiciaire ou plus généralement relativement à l'hypothèque légale (la première n'étant qu'une application de la seconde), une question à résoudre. La foi due aux registres est-elle maintenue, lorsqu'il s'agit d'une hypothèque non conventionnelle? En d'autres termes, la question est celle de savoir si le créancier qui fait inscrire son hypothèque judiciaire peut

se prévaloir de la non inscription du titre, en vertu duquel le droit frappé d'hypothèque est sorti du patrimoine de son débiteur. Il s'agit de savoir si la loi a voulu protéger seulement le créancier ayant une hypothèque conventionnelle ou encore les autres créanciers.

Voyons d'abord ce qu'a voulu le législateur, en organisant la protection des personnes qui auront à consulter les registres. « Quiconque acquiert légalement et réellement un immeuble, prête de l'argent ou acquiert des droits hypothécaires, doit avoir la certitude qu'aucune tierce personne ne pourra attaquer son titre » (*Procès-verbaux de la diète de 1818*, t. II, p. 77). Il résulte donc des motifs de la loi que le législateur voulait assurer le crédit des propriétaires par la sécurité établie en faveur des acquéreurs des droits réels. Au contraire, il ne parle nullement des créanciers qui acquièrent un droit réel sur l'immeuble en dehors d'une convention. Les expressions que nous voyons employées par le législateur ne laissent subsister aucun doute à cet égard. Ainsi, l'article 20 protège le tiers qui « traite » avec le propriétaire de l'immeuble. L'article 60 dit que « le titre d'un tiers acquéreur d'une créance hypothécaire ne peut être attaqué, si le débiteur n'a pas auparavant prévenu cet acquéreur qu'il a le droit de contester la créance. » L'article 62 dit : « On peut attaquer le titre de quiconque a contracté avec le créancier avant l'expiration du délai de six semaines. » Et l'article 63 ajoute : « Après l'expiration du délai de six semaines, toute personne voulant acquérir un droit garanti par une hypothèque, peut

en toute sécurité traiter avec le créancier. » L'expression analogue se retrouve dans l'article 120 ainsi conçu : « Si le débiteur, après le paiement, n'a pas pris soin de faire rayer la créance des registres hypothécaires et si une tierce personne de bonne foi a traité avec le créancier dans la forme déterminée par la loi, le débiteur ne peut pas opposer à ce tiers l'extinction de la créance. »

La pensée du législateur résulte ainsi clairement des expressions qu'il emploie; s'il admet une exception à la règle que nul ne peut conférer à autrui plus de droit qu'il n'a lui-même, il ne l'admet que pour ceux qui ont « traité » avec le titulaire du droit réel ou avec le débiteur qui leur a fait « acquérir » un droit réel. Ainsi la règle du Code Napoléon reprend son empire lorsque c'est un créancier chirographaire qui fait inscrire son hypothèque judiciaire ou le procès-verbal de saisie. Remarquons enfin que le législateur de 1818 en n'étendant pas la force probante des registres aux créanciers chirographaires a suivi en cela le Landrecht prussien (I^{re} partie, chap. xx, art. 522 et 423). Tel est le droit positif, mais la solution qu'il consacre ne nous semble pas satisfaisante au point de vue législatif. Dans un système de publicité où les inscriptions sont entourées de tant de mesures de précautions, on ne voit pas bien pourquoi la force probante est si limitée et n'a d'effet qu'à l'égard d'une certaine catégorie de personnes. Aussi croyons-nous préférable la solution de la loi belge (loi de 1851, art. 1^{re}) et du Code civil espagnol (art. 606) qui consacrent un système juridique plus adapté aux

besoins du commerce. Remarquons toutefois que même réduite à ces limites, l'hypothèque judiciaire garde son utilité. En effet, si le créancier ayant obtenu l'hypothèque judiciaire ne peut pas opposer le défaut d'inscription du droit sorti du patrimoine de son débiteur, ceci n'est vrai que pendant les trois mois qui suivent l'inscription de son hypothèque. Ce délai passé sans qu'il ait provoqué de protestation de la part de l'intéressé, la force probante des registres réapparaît.

CHAPITRE V

MUTATIONS PAR DÉCÈS

Nous avons vu que la loi de 1818 a introduit une innovation heureuse en rendant obligatoire l'inscription des mutations entre vifs des droits susceptibles d'hypothèque. Mais le principe de publicité n'aurait pas reçu toute la satisfaction désirable, si l'obligation de l'inscription ne s'appliquait qu'aux actes entre vifs. Il est en effet une cause constante qui menace fatalement de briser la continuité des inscriptions, c'est la mort naturelle, et une cause beaucoup moins fréquente, c'est la mort civile, qui se retrouve au fond de ce que la terminologie légale appelle « perte de tous les droits d'état. » La mort survenue, un anneau de la chaîne des inscriptions ferait défaut, si on ne rendait pas ici la publicité obligatoire. A ce moment des intérêts très respectables apparaissent. Avec qui pourra-t-on traiter relativement à l'immeuble ou à un droit réel sur cet immeuble lorsque le titulaire est mort ? C'est la première question dont la loi a dû s'occuper. Elle n'est pas la seule. A la mort d'une personne, les créanciers

de la succession qui se trouvent en face d'un héritier insolvable veulent s'assurer d'être payés par préférence aux créanciers de l'héritier sur les biens de la succession. Enfin, il faut donner aux légataires particuliers un moyen commode de rendre inattaquable la garantie que la loi leur accorde sous forme d'hypothèque légale.

La loi de 1818 a donné satisfaction à ces nécessités en organisant ce qu'elle appelle la procédure successorale.

Nous voyons donc que la législation de la Pologne russe offre une supériorité sur la législation française, puisque la loi du 23 mars 1855, bien que beaucoup postérieure en date à la loi de 1818, n'a pas soumis à l'obligation de l'inscription les mutations par décès.

En vertu de l'article 724 du Code Napoléon, « les héritiers légitimes sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du défunt... » Or ce principe ne peut plus subsister entièrement, lorsqu'il s'agit des droits pour la transmission desquels le législateur veut créer la sécurité par une publicité complète. Du moment, en effet, que la loi juge ces droits dignes d'une protection particulière par l'établissement des registres, il est logique que l'article 724 du Code se trouve partiellement abrogé par l'article 5 de la loi hypothécaire qui dispose que le droit de disposer de l'immeuble s'acquiert par l'inscription. Les héritiers appelés à la succession ne cessent pas pour cela d'être successeurs, conformément à l'article 718 du Code civil. La meilleure preuve en est qu'ils peuvent donner à bail l'immeuble recueilli dans la succession, avant la réguli-

sation de leur titre. En effet, si ces héritiers n'ont pas satisfaits au *modus acquirendi dominii* exigé par la loi, ils ont au moins un titre à recueillir la succession, *titulus acquirendi dominii*. Par application de la même idée, il faut décider que l'héritier ne peut perdre ses droits successoraux que par la prescription (Kapuscinski, 269).

L'article 125 organise la première phase de la procédure ayant pour but d'appeler tous ceux qui ont un droit sur le droit réel faisant partie d'une succession. Du moment qu'un acte répondant aux exigences des articles 71 et suivants du Code civil de 1825 et du tome IX du « *svod zakonow* » constatant la mort du titulaire du droit réel est représenté au bureau des hypothèques, les cours des inscriptions est arrêté. En principe, ce sera l'acte de décès portant une signature de l'officier public compétent, légalisée par le juge de paix, et, à Varsovie, par le président de l'assemblée de juges de paix.

Le même effet est attaché à la représentation d'un extrait de jugement passé en force de chose jugée, en vertu duquel le condamné (selon la formule légale) est « privé des droits acquis personnellement ou comme suite de l'état auquel il appartient. » Ayant reçu cet acte, le secrétaire fait en gros caractères la mention suivante sur les registres : « La procédure successorale est ouverte. » A partir de ce moment toute inscription devient impossible ; il n'y a pas de titulaire du droit qui puisse contester la validité des inscriptions. Mais pour que le titulaire du

droit héréditaire et ceux qui ont un intérêt relativement à ce droit puisse se faire connaître, une mesure de publicité est organisée. L'ouverture de la succession est rendue publique au moyen des insertions dans le journal officiel du gouvernement et dans les « *Senatskya Wiedomosti* » paraissant à Saint-Pétersbourg. Ces insertions doivent être faites deux fois à trois mois d'intervalle (L. du 28 juin 1830, art. 1 et art. 1682 C. pr. civ.)

Nous ne pouvons pas nous occuper ici des preuves que la personne qui se prétend héritière doit produire à l'autorité hypothécaire pour la preuve de sa qualité de successeur. Disons seulement que la loi de 1830 précitée admet la preuve par témoins dans une large mesure, mais à condition que les autres personnes intéressées ne s'y opposent pas. Ceci explique pourquoi les témoins ne peuvent être entendus qu'après l'expiration du délai nécessaire pour le règlement de la succession. C'est à ce moment qu'on peut présumer que tous les intéressés sont avertis et ont la possibilité de s'opposer à ce que les témoins soient entendus (art. 3 de la loi précitée). S'il n'y a pas d'opposition, les témoins peuvent déposer, mais si l'autorité hypothécaire trouve la preuve insuffisante, l'intéressé jouit d'un délai de trois mois pour se pourvoir devant les tribunaux. L'intéressé peut rendre public le pourvoi par une mention sur les registres. Grâce à ces mesures les héritiers seront déterminés.

La seconde catégorie de personnes que la loi a dû prendre en considération sont les créanciers du défunt

qui courent un danger lorsqu'ils se trouvent en face d'un héritier insolvable. Mais ces créanciers ne se trouvent pas tous dans la même situation. Il faut traiter à part les créanciers qui ont acquis du défunt un titre leur conférant une hypothèque, mais n'ont pas pu la faire inscrire en raison de l'ouverture de la procédure successorale. Ceux-ci ne doivent pas souffrir de la mort subite du débiteur; aussi l'article 43 décide-t-il que les règles de la procédure successorale ne sont pas applicables à cette catégorie de créanciers. Nous verrons plus loin quelle est leur situation.

La seconde catégorie de créanciers comprend les créanciers chirographaires. Ils peuvent ne pas demander la séparation des patrimoines en acceptant l'héritier pour débiteur (art. 879 C. civ.). Mais s'ils estiment que le concours des créanciers de l'héritier doit réduire leur créance à un dividende, ils peuvent user de la faculté de se présenter dans la procédure successorale, conformément à l'article 128 de la loi hypothécaire qui appelle « les créanciers du défunt » sans distinguer entre les créanciers chirographaires et les créanciers hypothécaires.

« Que la séparation doive être demandée en justice, écrit M. Liebiedintseff à la page 330 des *Lois hypothécaires* résulte de l'article 880 du Code dans lequel il est formellement parlé de l'action en séparation. Si la séparation doit être demandée en justice, il est évident que les héritiers doivent être cités. C'est aux créanciers de la masse héréditaire qu'incombe la charge de prouver

l'existence de la dette, c'est à la charge des héritiers de prouver le contraire : la nullité de l'obligation du défunt ou l'extinction de l'obligation. Le problème que le tribunal doit résoudre consiste à savoir s'il y a un motif pour séparer la masse héréditaire... » L'auteur n'admet qu'une seule exception au droit d'appréciation du tribunal ; c'est le cas où les héritiers sont inconnus. Puisqu'on ne peut pas intenter d'action à défaut d'héritiers, le tribunal sera tenu de prononcer la séparation des patrimoines pour que les droits des créanciers ne souffrent pas d'atteinte. Cependant cette doctrine, en vertu de laquelle c'est le tribunal qui accorde la séparation, doctrine défendue aussi par certains auteurs français, n'est pas exacte. » S'il [le droit du créancier] est contesté, dit M. Planiol, il faudra plaider, mais il est inexact de dire qu'alors la séparation est « demandée » à la justice : les juges n'ont ni à accorder ni à refuser un bénéfice qui est écrit dans la loi, tout autant que le bénéfice d'inventaire de l'héritier ou le bénéfice de division de la caution. En disant que les créanciers peuvent demander la séparation, l'article 878 n'a donc pas en vue une demande introduite sous la forme d'une requête au tribunal ; on s'est servi de ce mot parce que le prix étant mis en distribution au moyen d'une procédure réglée par le juge, il faut bien que les créanciers lui « mandent » d'opérer la séparation laquelle est de droit quand elle est demandée » (*Traité*, t. III, p. 475).

Il nous faut maintenant déterminer l'effet de la compa-

ration des créanciers dans les six mois qui suivent la première publication.

Tous les créanciers chirographaires qui se présentent pendant ce délai sont traités sur un pied d'égalité. Ils étaient dans une situation égale durant la vie du défunt. Il en doit être de même après son décès. La comparution devant le secrétaire de la chancellerie dans le délai de six mois leur accorde un rang égal. Comme les inscriptions ne peuvent être prises sous forme d'une inscription définitive que contre le propriétaire reconnu (art. 5), les droits des créanciers sont rendus publics à l'aide des avertissements (protestations).

Autre est la situation des créanciers ayant un titre à l'hypothèque du chef du défunt. « S'il se présentait un créancier, ayant acquis un titre de la personne dont la succession est ouverte, sa créance prendra rang du jour du dépôt de son titre à l'effet de l'inscription sur les registres hypothécaires, pourvu que ce titre soit conforme aux dispositions qui régissent les actes hypothécaires et que le droit d'hypothèque en résulte » (art. 13). Si plusieurs créanciers de cette catégorie se présentent, on rentre dans le droit commun et on devra faire application à la règle *prior tempore potior jure*.

« Parmi les inscriptions du même jour, l'ordre des numéros déterminera la priorité. Si plusieurs titres sont présentés en même temps pour être inscrits sur les registres, celui dont la date de confection est plus ancienne devra être inscrit le premier ; si la date de con-

fection des titres est la même, leur rang devra être le même. Le secrétaire ou le notaire est tenu de délivrer aux parties, si elles le requièrent, un certificat constatant le numéro d'ordre sous lequel l'acte est inscrit sur les registres hypothécaires » (art. 12).

Les expressions de la loi pourraient faire croire que le droit de préférence n'est accordé qu'à ceux des créanciers qui ont une hypothèque conventionnelle. Mais il faut donner à la disposition de la loi une portée plus large, en admettant la même solution pour les hypothèques qui naissent d'autres sources ; la différence que la loi fait entre les créanciers hypothécaires et les créanciers chirographaires repose, en effet, sur cette considération que les premiers conservent un droit acquis, tandis que les seconds acquièrent un droit nouveau.

Il nous reste à nous occuper des légataires. Il s'agit des légataires particuliers qui sont créanciers d'une somme d'argent. Le rang qu'ils occuperont se trouve établi d'avance pour eux par la règle *nemo liberalis nisi liberatus*, par conséquent ils viendront après les créanciers.

Remarquons que les contestations relatives à la validité du testament au point de vue de la forme se présenteront rarement devant l'autorité hypothécaire, puisqu'un testament olographe ne peut lui être présenté que visé par le président du tribunal d'arrondissement ou le juge de paix. Quant au testament mystique, celui-ci ne peut être visé que par le président du tribunal d'arrondissement.

Quand le délai de six mois est expiré, l'autorité hypo-

thécaire procède à la régularisation de la situation juridique de l'immeuble, pour mettre fin à l'état d'indisponibilité dans lequel il se trouve. Les parties proposent la rédaction des inscriptions (art. 130) et, après homologation de l'autorité hypothécaire, les inscriptions peuvent être effectuées.

Ce contrôle n'excède pas les limites ordinaires de la compétence de l'autorité hypothécaire. Elle ne doit prendre acte que des droits dont elle est informée par les intéressés. Il s'en suit qu'elle ne peut refuser d'accorder l'inscription à un héritier, lorsqu'elle a appris qu'un héritier plus proche en degré existe. C'est aux intéressés suffisamment avertis par les publications, qu'il appartient de faire valoir leurs droits.

« Si d'autres héritiers ne se présentent pas, s'il ne se présente pas de créanciers ou de légataires ou si entre les personnes qui se sont présentées il y a accord total ou partiel, on opérera les inscriptions sur les registres hypothécaires conformément aux demandes » (art. 129). Toutefois un cas particulier a fait naître un doute. Si on suppose un legs particulier grevant une succession, l'autorité hypothécaire doit-elle se montrer aussi passive que lorsqu'il s'agit d'un héritier qui ne se présente pas ? Ou bien, ne devra-t-elle pas ordonner l'inscription du legs en même temps qu'elle ordonne l'inscription du droit du successeur grevé ? Il y a dissidence sur ce point entre la doctrine et la pratique des chancelleries. L'opinion qui admet que l'inscription du legs doit être effectuée, suivie par beau-

coup de chancelleries, s'appuie sur l'article 20 de la loi hypothécaire qui est ainsi conçu : « Les actes reçus par le secrétaire ou par le notaire seront examinés par l'autorité hypothécaire dont les fonctions consistent à rechercher si l'acte n'est pas contraire aux droits des tiers tels qu'ils résultent des registres, si la rédaction de l'inscription proposée par les parties ne contient pas quelque chose de plus que ce qui résulte de la convention ou de l'acte... » L'argument tiré de cet article n'est pas décisif, puisqu'il méconnaît totalement le but de la procédure successorale. En outre, il est contraire à l'article 128 qui veut que toute personne qui prétend avoir un droit sur l'immeuble se fasse connaître dans le délai de la procédure successorale. Il est vrai que quelquefois le légataire ne pourra pas se présenter, puisqu'il peut ignorer son droit. Mais cette considération, très juste en elle-même, doit fléchir devant les termes absolus de l'article 128. On ne peut admettre qu'une seule exception à cette règle : c'est le cas où le *de cujus* fait dépendre l'inscription du droit du successeur grevé du legs, de l'inscription de la charge imposée, alors la volonté du défunt devra être respectée par l'autorité hypothécaire.

Ce cas controversé mis à part, le rôle de l'autorité hypothécaire est clairement déterminée par la loi. Lorsque plusieurs personnes se présentent et invoquent un droit à la succession, les litiges qui naissent à l'occasion de ces prétentions doivent être résolus par le tribunal. L'existence

du litige est rendue publique par une mention sur les registres conformément au droit commun.

Lorsqu'aucune contestation ne s'élève, les parties proposent la rédaction des inscriptions et l'autorité hypothécaire, après avoir constaté que les droits de mutation ont été payés, autorise les inscriptions. Elle doit, dans la mesure du possible, respecter la volonté des parties. Ainsi, lorsque les héritiers qui se présentent, ne font inscrire leurs droits que pour une quote-part moindre que celle qui leur reviendrait d'après le nombre des héritiers présents, l'autorité hypothécaire ne peut pas ordonner une inscription plus forte. En effet, les héritiers présents peuvent avoir connaissance de l'existence du cohéritier de la négligence duquel ils ne veulent pas profiter.

Les héritiers présents peuvent se contenter de demander l'inscription de la quote-part qui revient à chacun, mais lorsqu'ils sont tous capables et qu'aucune contestation ne s'élève sur l'attribution des lots, ils peuvent procéder immédiatement au partage. L'inscription constatera donc en même temps la dévolution de la succession et le partage. Si on ne procède au partage qu'après l'inscription des quote-parts, une nouvelle inscription sera nécessaire.

Une fois l'inscription prise, les nouveaux titulaires des droits sont reconnus et peuvent faire sur leurs biens des actes de disposition opposables aux tiers. Mais quel sera l'effet d'un acte fait par un héritier ou légataire pendant la période successorale ? Il n'est pas douteux qu'une

hypothèque consentie par eux ne soit valable ; quoique l'inscription soit pour eux un *modus acquirendi dominii*, ils ont néanmoins un droit à la succession dès que celle-ci est ouverte. Evidemment, le créancier de l'héritier ou du légataire ne pourra pas requérir l'inscription pendant la période successorale. L'article 53 dispose, en effet, que l'inscription ne peut être prise que sur un droit appartenant au propriétaire reconnu. Or, pendant la période de la procédure successorale, le droit du débiteur n'est pas encore reconnu. Il ne le sera qu'après la clôture des opérations de cette procédure.

Les créanciers de l'héritier qui se présenteront au moment de la clôture obtiendront le même rang (Kapusinski, 130). On n'admet donc pas la règle *prior tempore potior jure* pour les hypothèques consenties pendant la période de la procédure successorale. Mais on admet que les créanciers peuvent au moins prendre des mesures conservatoires pour empêcher leur débiteur d'aliéner l'objet de leur hypothèque, ce qu'ils feront au moyen d'une protestation qui mettra en état de mauvaise foi les tiers, lorsque ceux-ci auront traité avec le débiteur.

Nous avons vu que les droits des intéressés sont inscrits sur les registres dans la mesure où ceux-ci les font valoir. Mais quel est l'effet de l'expiration du délai de la procédure successorale sur les droits des personnes qui ne se sont pas fait connaître dans le délai légal ?

Il peut arriver qu'après l'expiration de ce délai, des personnes ayant des droits égaux et même supérieurs à

ceux qui ont été inscrits se fassent connaître. Quelle sera leur situation? L'article 131 de la loi nous donne une réponse qui est conforme à son esprit général de sauvegarder le crédit : « Lorsque l'acte, après homologation de l'autorité hypothécaire, a été inscrit sur l'indicateur, l'héritier prétendant à un droit égal ou supérieur, le créancier ou légataire peuvent encore se présenter et poursuivre leurs droits contre l'héritier inscrit, sur les biens et sur les créances hypothécaires, pourvu que ces biens et créances n'aient pas passé dans les mains d'un tiers de bonne foi, ou n'aient pas été grevés à son profit. » D'où il résulte que si le droit litigieux se trouve encore dans le patrimoine de celui qui l'a fait inscrire, le droit commun subsiste; mais lorsque l'intérêt des tiers de bonne foi est en jeu, le recours de l'héritier, du créancier ou du légataire se réduit à une simple action en dommages-intérêts contre qui de droit.

L'héritier plus proche en degré, lorsque l'immeuble n'est pas sorti du patrimoine de l'héritier inscrit, peut reprendre l'immeuble, mais en respectant les droits réels constitués sur cet immeuble au profit des tiers, notamment les hypothèques. Notons toutefois que cette règle n'est vraie qu'en ce qui concerne les hypothèques conventionnelles, puisque nous avons vu que la force probante des registres ne s'applique pas en ce qui concerne les hypothèques nées en dehors de la volonté du propriétaire. Toutefois une telle hypothèque devra être respectée

lorsqu'elle aura été cédée à un tiers de bonne foi trois mois après l'inscription.

Les créanciers et légataires qui se font connaître après l'expiration du délai de la procédure successorale pourront requérir l'inscription de leurs hypothèques, mais à condition que l'immeuble n'ait pas été aliéné, et encore devront-ils respecter le rang des hypothèques antérieurement inscrites.

Cette sécurité dont jouit l'acquéreur d'un immeuble échu par succession ou le créancier qui acquiert sur lui une hypothèque constitue la grande utilité de la procédure successorale qui favorise l'expansion du crédit et la stabilité des relations économiques. L'organisation de cette procédure est une amélioration considérable apportée au système du Code Napoléon. Le principe que le Code énonce dans son article 1599 ne doit pas subsister dans un régime de publicité bien organisé, destiné à subvenir aux besoins du crédit. En permettant au vrai propriétaire d'exercer l'action en revendication contre un tiers acquéreur de bonne foi, l'article 1599 laisse planer sur le droit des tiers une incertitude pouvant se prolonger de longues années.

Nous avons supposé jusqu'à présent que la procédure successorale a fait ressortir un héritier pouvant conférer des droits sur l'immeuble. Mais il se peut que les publications n'aient pas cet effet. Après l'expiration du délai légal de six mois de la procédure successorale, le bien devient vacant. L'autorité hypothécaire doit ordonner d'office la

mention de ce fait sur les registres. Lorsque les héritiers n'apparaissent pas, le bien vacant peut être recueilli par l'État, mais à condition que l'actif de la succession dépasse le passif (Décision du 11 février 1842). L'acquisition de l'immeuble par le fisc devra naturellement être inscrite sur les registres conformément à la règle générale.

Lorsque l'immeuble est accepté sous bénéfice d'inventaire, ce fait doit être rendu public par l'inscription. Lorsque l'héritier a fait opérer cette inscription, rien ne l'empêche de revenir sur sa décision. S'il fait un acte qui suppose nécessairement son intention d'accepter, il est réputé héritier pur et simple. Sur ce point la loi hypothécaire n'apporte aucune modification au Code Napoléon. L'héritier pourra donc aliéner son immeuble accepté sous bénéfice d'inventaire sans faire opérer une nouvelle inscription constatant qu'il se porte héritier purement et simplement.

Ajoutons enfin que lorsque l'héritier renonce, la renonciation, pour être efficace relativement à l'immeuble, doit être rendue publique par une inscription. La déclaration faite au greffe du tribunal de première instance, du juge de paix ou du juge de la commune rurale faite conformément à l'article 1758 du Code de procédure civile, qui modifie l'article 784 du Code Napoléon, n'est pas suffisante.

BIBLIOGRAPHIE

DUTKIEWICZ. — *Droit hypothécaire polonais.*

GOUBE. — *De l'instruction hypothécaire en Pologne.*

GODLEWSKI. — *Recueil des travaux préparatoires des lois hypothécaires.*

JOZEFOWICZ. — *Règles sur les hypothèques.*

JEZIORANSKI. — *Lois hypothécaires.*

KAPUSCINSKI. — *Jurisprudence du Sénat (1842-1868).*

LIEBIEDINTSEFF. — *Lois hypothécaires de 1818 et 1825.*

REINCKE. — *Essai de législation de la Pologne.*

REINCKE. — *Recueil d'arrêts du Sénat.*

SAINT-JOSEPH (Antoine DE). — *Concordance entre les lois hypothécaires françaises et étrangères.*

WOLKONSKI (Prince DE). — *Essai de l'hypothèque polonaise.*

ZAWADZKI. — *Droit civil de la Pologne.*

Vu :

Le Président de la thèse,

ALBERT WAHL.

Vu :

Le Doyen,

P. CAUWES.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

L. LIARD.

Angers, imp. J. Siraudeau. — 42-2263
